



SOFIA DOS SANTOS GARCIA GOULART

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

- Velhas e novas questões sobre o direito à constituição de família -

Dissertação com vista à obtenção do grau de mestre

Orientador:

Professor Doutor João Zenha Martins, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2018



SOFIA DOS SANTOS GARCIA GOULART

PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

- Velhas e novas questões sobre o direito à constituição de família -

Dissertação com vista à obtenção do grau de mestre

Orientador:

Professor Doutor João Zenha Martins, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2018

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DE ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada (art. 20.º-A do Regulamento do 2º Ciclo e art. 8.º do Regulamento do 3º Ciclo).

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

O corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, contém 118.272 caracteres

Lisboa, 15 de Junho de 2018

Sofia Goulart

MENÇÕES DIVERSAS

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado é o produto de muitas horas de trabalho e quero exprimir, do fundo do coração, os meus sinceros agradecimentos:

Em primeiro lugar, ao meu orientador, o Prof. Doutor João Zenha Martins, por ter aceitado orientar-me. Pela disponibilidade e paciência ao longo destes meses, mas também por todos os conhecimentos transmitidos e bibliografia sugerida.

Ao Francisco, por estar sempre comigo em todos os momentos. Sem ti não teria sido possível.

À minha família, pais e irmã, por todo o apoio prestado. Foi imprescindível.

Quero agradecer também aos meus amigos de todas as horas, nomeadamente ao Pedro Pais, à Margarida Branco, à Inês Farinha e ao Guilherme Gomes. Por toda a amizade, suporte e companheirismo.

Às minha amigas e colegas de mestrado, em especial à Daniela Almeida, pela amizade e por todos os esclarecimentos às minhas dúvidas, muitas vezes de madrugada. Obrigado.

ABREVIATURAS

Al. - Alínea

Art. – Artigo

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CETFDM - Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação
contra as Mulheres

CNE – Conselho Nacional de Ética

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

DLG – Direitos, liberdades e garantias

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

FIV – Fertilização in vitro

GIFT – Transferência intratubária de embriões

LC – Lei Constitucional

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida

OMS – Organização Mundial de Saúde

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

TC – Tribunal Constitucional

TET - Transferência de embriões

RESUMO

O tema desta dissertação incidiu, em grande parte, sobre o instituto jurídico da Procriação Medicamente Assistida e as várias questões jurídicas, éticas e sociais que o mesmo levanta. O trajeto inicial consistiu em percorrer a legislação onde este instituto se encontra previsto.

Atendendo às questões éticas sensíveis e complexas que este tema em torno de si encerra, e relativamente às quais a sua resolução não se traduz, muitas vezes, numa resposta única, considerei importante analisar os pareceres e as recomendações do CNECV. A leitura e análise destes pareceres consultivos permitem uma melhor compreensão dos princípios éticos, dos valores e dos direitos que devem ser sopesados na elaboração de legislação nesta matéria.

Uma vez estudada a legislação em vigor, e estando este instituto intimamente ligado aos ramos do Direito Civil e do Direito Constitucional português, procurei investigar como está enquadrado o direito de constituição de família no ordenamento jurídico português, quais são as faculdades que dele emanam, qual o seu conteúdo e os seus limites, com o objetivo de descortinar se a atual lei que regula a PMA está a tutelar este direito na sua total dimensão.

Em paralelo, foi investigado o conceito de família no nosso sistema jurídico. A lei fundamental portuguesa não avança com uma definição e a doutrina diverge quanto a ela. Porém, é ponto assente que a realidade demonstra que, cada vez mais, um conceito de família “alargado”, caracterizado pela sua heterogeneidade.

Do mesmo modo, um dos objetivos foi aprofundar os conhecimentos sobre o princípio da igualdade, tal como está consagrado na Constituição, e alinhavá-lo ao direito à constituição de família. A resposta possível apenas pode ser obtida pela via interpretativa.

Propusemo-nos, também, a averiguar se existe um direito plasmado a ter filhos, derivado do direito à constituição de família: a lei não o contempla expressamente,

embora surja intimamente ligado a este, pelo que se pôde concluir por uma interpretação neste sentido.

Por fim, foram feitas referências à legislação sobre a PMA noutros ordenamentos jurídicos, e também à jurisprudência. Ficámos a saber que existem leis mais restritas do que a portuguesa, mas também mais permissivas, embora a esmagadora maioria já se encontra em vigor há mais tempo do que em Portugal.

As decisões judiciais mencionadas relatam situações relacionadas com o direito à reprodução, nomeadamente se e em que termos este é reconhecido, mas também sentenças cujas questões de fundo a resolver incidiam sobre conceitos em torno do direito da família.

ABSTRACT

This dissertation focuses, largely, on the legal institute of the Medically Assisted Procreation and the many legal, ethical and social questions related with the issue. The first path consisted on the analysis of PMA's legal framework.

Considering the sensitive and complex ethical issues concerning this subject, which raises divergent opinions, it is essential to study recommendations of the CNECV. The studying and the analysis of the advisory opinions permit a better understanding of the ethical principles, values and rights that should be taking into account in the drafting of legislation in this area. As we studied the legislation in force, and since this legal institute is related to Civil Law and Portuguese Constitutional Law, I aim to clarify how the right to construct a family is provided in the Portuguese legal system, as well as its substance and limits, in order to discover if the current law that regulates the artificial procreation is protecting this right in its full dimension.

Simultaneously, I also investigated the concept of family in our legal system. The portuguese fundamental law does not establish a definition and doctrine clearly diverge about it. However, reality demonstrates that the concept of "extended" family, characterized by its heterogeneity, has increased. Likewise, I intended to achieve a deep knowledge about the principle of equality, as predicted on the Constitution, and to align it with the right to family formation. The possible answer can only be obtained by interpretation. We also proposed to establish whether there is a right to have children, which is derived from the right to the incorporation of a family: the law does not expressly contemplate it, although it is intimately connected with it, and it has therefore been concluded by an interpretation to that effect. Finally, I studied Medically Assisted Procreation's legislation in other legal systems, as well as jurisprudence. It became evident that there are laws more restricted than the Portuguese one, but also more permissive.

The court decisions that have been mentioned are related to the right to reproduction, in particular the terms which is recognized, but we also took into account sentences whose fundamental issues included concepts about family law.

INTRODUÇÃO

O tema da presente dissertação versa sobre o instituto da Procriação Medicamente Assistida e algumas questões controversas que a aplicação das suas técnicas levanta.

São objetivos deste trabalho uma melhor compreensão das questões jurídicas e éticas que foram sendo suscitadas ao longo da evolução legislativa da PMA.

O estudo incidirá sobre o direito à constituição de família no ordenamento jurídico português, através do qual se procurará saber se a recente alteração à lei que regula a Procriação Medicamente Assistida poderá violar o direito à constituição de família, questionando-se, também, se existe uma colisão com o princípio da igualdade.

Será que o direito à constituição de família, tal como consagrado expressamente na lei fundamental, inclui um direito a ter filhos por todos os cidadãos em plena igualdade de condições? Deve o Estado assegurar esse direito?

Será também feito um estudo sobre leis vigentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que apresentam soluções diferenciadas nesta matéria.

DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

2.1 – CONCEITO

O conceito de Procriação Medicamente Assistida, doravante designada por “PMA”, não se encontra expressamente previsto na lei portuguesa. O texto legislativo enumera as várias técnicas reprodutivas existentes, aplicadas no nosso ordenamento jurídico, não sendo, contudo, concedida uma definição.

De acordo com alguns autores, a Procriação Medicamente Assistida pode definir-se do seguinte modo: *“All treatments or procedures that include the in vitro handling of human oocytes and sperm or embryos for the purpose of establishing a pregnancy. This includes, but is not limited to, IVF and transcervical embryo transfer, gamete intra-Fallopian transfer, zygote intra-Fallopian transfer, tubal embryo transfer, gamete and embryo cryopreservation, ovocyte and embryo donation and gestational surrogacy. ART does not include assisted insemination (artificial insemination) using sperm from either a woman’s partner or sperm donor.”*¹

No seio da doutrina portuguesa, a Procriação Medicamente Assistida pode ser definida como o *“Agrupamento do conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual”*².

¹ ZEGGER-HOCHSILD, Fernando; NYGREN, K.-G; ADAMSON, G.David; MOUZON, Jacques de; LANCASTER, Paul; MANSOUR, Ragaa; SULLIVAN, Elizabeth – “The ICMART Glossary on Art Terminology”, Human Reproduction, 21 (8), 2006.
<https://academic.oup.com/humrep/article/21/8/1968/2938650>

² João de Castro Mendes; Miguel Teixeira de Sousa, “Direito da Família”, p. 235

No Ato Uniforme de Filiação norte-americano, a PMA foi definida como o “método de causar gravidez sem ser através do coito”³.

Neste sentido, pode-se afirmar que a PMA consiste no conjunto de terapêuticas que permite a realização ou tratamentos médicos adequados ao auxílio à reprodução humana.

No ordenamento jurídico português, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a última alteração efetuada através da Lei n.º 57/2017, de 25 de Julho, veio regular as técnicas de PMA. Este diploma veio estabelecer quais são as técnicas permitidas, quem são os seus beneficiários, quais os direitos de que são titulares, quais os deveres a que estão adstritos, quais as técnicas estão expressamente proibidas e quais as respetivas sanções.

Esta lei veio também definir os termos em que o consentimento para a realização destas técnicas deve ser prestado, como é salvaguardada a confidencialidade envolvida nestes procedimentos e como se protege o anonimato do dador.

2.2 – AS DIFERENTES TÉCNICAS NO ÂMBITO DA PMA

Antes de mais, para se ter uma noção mais precisa do tipo de procedimento médico de que estamos a falar – e embora não se pretenda efetuar uma exposição longa, pois não é esse o objeto do nosso estudo – será feita, de seguida, uma explicitação breve sobre as principais técnicas de PMA previstas na lei e que são utilizadas em Portugal.

Analisando o artigo 2º da Lei n.º 32/2006, vemos que ali estão previstas as seguintes técnicas: *Inseminação artificial (IA)*; *Fertilização in vitro (FIV)*; *Injeção intracitoplasmática de espermatozoides*; *Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos*; *Diagnóstico genético pré-implantação*

³ Artigo 1º, secção 104, nº 2, do ato “Assisted Reproduction means a method of causing pregnancy other than sexual intercourse”, aprovado pela American Bar Association em 2003. Disponível na Internet em <http://uniformlaws.org/Act.aspx?title=Parentage%20Act>

(DGPI) e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética/embrionárias equivalentes ou subsidiárias.

Relativamente à Inseminação Artificial, prevista na al. a) do art. 2º, uma amostra de sémen é preparada previamente em laboratório, sendo colocada, posteriormente, no interior do útero da mulher. Neste processo, pretende-se que a distância entre o óvulo e o espermatozoide diminua, de modo a facilitar a fecundação e a consequente fertilização.

No que respeita à Fertilização *in vitro*, este processo consiste na fecundação de células do ovário, fora do corpo da mulher, numa espécie de tubo de ensaio, advindo daí o nome “in vitro”. Após ocorrer essa fertilização, o embrião é transferido para o útero da mulher.

Na injeção intracitoplasmática, procede-se à injeção de um espermatozoide diretamente no ovócito, realizado em laboratório, sendo um tratamento que ocorre dentro FIV.

No que concerne à técnica prevista na al. d) do art. 2º, há que distinguir as três situações ali enumeradas: Na transferência de zigotos, o processo realiza-se através de uma recolha de ovócitos e de espermatozoides, através das mesmas técnicas da FIV, colocando-se os gâmetas em contacto *in vitro*, num meio de cultura adequado, por um período de tempo de 18 a 24 horas. De seguida, efetua-se uma laparoscopia, através da qual se transfere os zigotos para as trompas de Falópio da mulher.

Na transferência intratubária de gâmetas (GIFT), a fecundação opera dentro do organismo feminino, após preparação prévia da amostra em laboratório, seguindo-se a sua colocação nas trompas uterinas da mulher.

Por último, existe a transferência de embriões, também conhecida por “TET”, caracterizando-se por se proceder a uma fecundação *in vitro*, fora do organismo materno.

Por fim, no DGPI, numa primeira fase, é feita uma estimulação aos ovários da mulher, seguindo-se uma monitorização, colheita dos ovócitos e respetiva fertilização *in vitro*, de modo a que haja embriões suficientes para se proceder ao DGPI. Numa fase posterior, os embriões “saudáveis” são transferidos para o útero da mulher. Esta técnica permite que se faça um diagnóstico pré-natal *in vitro*, possibilitando apurar se os embriões são “saudáveis” ou não.

2.3 – ALGUMAS QUESTÕES TEÓRICO-PRÁTICAS

2.3.1 – A aplicação prática das técnicas de PMA costuma levantar várias questões éticas e jurídicas, cujas respostas nem sempre são consensuais. Uma delas prende-se com o âmbito subjetivo de aplicação da lei: Quem pode beneficiar do acesso à PMA? Pode ser só uma pessoa ou em de ser necessariamente um casal? Nesta segunda hipótese, pode ser um casal homossexual ou tem de ser um casal heterossexual? E pode retirar-se daqui um “direito a procriar”?

Na versão originária do artigo 6º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho (LPMA), constava que só podiam recorrer às técnicas de PMA as pessoas casadas que não se encontravam separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos. Face a esta previsão legal, havia quem questionasse “se a limitação dos potenciais beneficiários de técnicas de PMA não poderá ser inconstitucional por violar o direito a procriar”⁴.

No que respeita ao direito de acesso a estas técnicas por pessoas solteiras, existem posições doutrinárias no sentido de que o direito de procriar é reconhecido a todos, e não somente àqueles que são casados ou vivem em união de facto.

⁴ Paula Martinho da Silva, Marta Costa “A lei da procriação medicamente assistida anotada”, p. 35.

Contudo, há quem rebata estes argumentos: *Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, pode sustentar-se que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura “um ambiente familiar normal”, que seria biparental*⁵.

Face ao argumento de a lei permitir a constituição de famílias monoparentais através de uma sentença de adoção, um autor⁶ avança uma posição interessante, sustentando haver uma diferença entre ambos os institutos: *‘No momento de decidir acerca da constituição do vínculo adotivo, estamos perante uma criança que existe que carece de pais; se ela não pode ter dois, que tenha pelo menos um. No momento de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe: deste modo, custa a aceitar que se afetem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que se não cingem ao problema da mono-ou biparentalidade, com vista à conceção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um progenitor efetivo.’*

Entretanto, o art.6.º, nº1, sofreu uma alteração em 2016, contemplando uma novidade: Agora podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente e os casais de mulheres, casados ou casadas respetivamente, ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, assim bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Assim, estamos perante um alargamento do âmbito subjetivo de beneficiários das técnicas de PMA, não havendo a anterior restrição em razão da orientação sexual e do estado civil.

Não obstante esta mudança, a verdade é que, atualmente, as pessoas solteiras do sexo masculino, assim tal como os casais de homens, não podem aceder a estas técnicas, pois a lei não prevê essa possibilidade.

⁵ Paulo Otero, *Personalidade e identidade pessoal e Genética do Ser Humano – Um perfil constitucional da bioética*, pp. 75-76.

⁶ Jorge Duarte Pinheiro, *“O Direito da Família Contemporâneo”*, pp. 177-178.

2.5 - PMA HOMÓLOGA E PMA HETERÓLOGA

No âmbito das técnicas de PMA, é comum fazer-se uma distinção em razão da proveniência das células reprodutoras, uma vez que as técnicas reprodutivas permitem dissociar a reprodução da intimidade do ato sexual, e com isto permitem introduzir no processo reprodutivo outros intervenientes para além do próprio casal⁷.

Neste sentido, “*Se os espermatozoides e os ovócitos provêm do próprio casal beneficiário, então estamos na presença de PMA homóloga; se os espermatozoides ou/ e os ovócitos não provêm do casal, tendo havido recurso a um dador, ou seja, um terceiro exterior ao casal, a PMA diz-se heteróloga*”⁸.

Antes de mais, estando em causa a possibilidade de se recorrer aos gâmetas de terceiros, importa atender ao que a lei estabelece nesta matéria e saber quais são as condições de admissibilidade ali previstas.

Em primeiro lugar, o art. 10.º, n.º 1, dispõe que se pode recorrer a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários. Depois, acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que os dadores não poderão ser havidos como progenitores da criança que irá nascer.

Do exposto, conclui-se que só naquelas circunstâncias estritas é que se pode recorrer à utilização do material biológico de terceiros.

Nesta sede, importa averiguar quais os motivos invocados pelos autores que se insurgem contra esta regra legalmente prevista.

⁷ Vera Lúcia Raposo, “O Direito à Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro.”, p. 385 ss.

⁸ Jorge Duarte Pinheiro, “Estudos de Direito da Família e das Crianças”, p. 50 ss.

Algumas dessas vozes defendem que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o biologismo, impedindo a dação de gametas destinada à inseminação ou fertilização *in vitro* heterólogas⁹.

No mesmo sentido, há quem repudie veemente o recurso à PMA heteróloga. Por um lado, defende-se que a filiação é hoje, e sempre foi, uma relação assente na biologia (...) Tem-se entendido que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda. Há aqui uma forte oposição da vontade pretensamente “omnipotente” do legislador aos interesses da criança, à sua dignidade de ser humano¹⁰.

Apesar de estarem em causa circunstâncias excepcionais, não se recorrendo a um dador a título principal para a concretização do projeto parental, o autor critica o facto de não ser admissível que essa necessidade seja satisfeita através de outra pessoa transformada em objeto das necessidades de outrem, que outra pessoa seja instrumentalizada. Acrescenta ainda que o uso de gametas estranhos ao casal dos pais “legais” torna eticamente ilegítima e profissionalmente desajustada a intervenção médica, constituindo como que uma obstinação terapêutica indesejada e, de facto, cria mais problemas, a vários níveis, dos que os que pretende resolver e não trata medicamente num “casal estável” definido a esterilidade de que esse casal sofre. O autor defende ainda que o filho não biológico corre o risco de ser a primeira vítima das desavenças do “casal estável”¹¹.

O citado autor opõe-se, assim, à PMA heteróloga, só admitindo, em casos excepcionais e a título subsidiário, a PMA homóloga.

⁹ Apud DUARTE PINHEIRO, Jorge, “O Direito da Família Contemporâneo”, p. 179.

¹⁰ Diogo Leite de Campos, “A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, p. 1029.

¹¹ Diogo Leite de Campos, “A Procriação...”, Ob. Citada., pp. 1031-1032.

No mesmo sentido, se pronunciam outros autores, defendendo que a procriação com gâmetas de terceiros implica uma quebra da unidade procriativa do casal, uma interferência de terceiro, do dador, patente na existência da própria criança, que acabaria por destruir a relação do casal¹².

Face às posições doutrinárias apresentadas, não podemos concordar com alguns dos argumentos. Partindo da premissa de que todo o ser humano é único e irrepetível, cada um com as suas singularidades e características intrínsecas, assim também o serão as próprios casais, diferentes entre si. Não se afigura razoável generalizar: Se, para uns casais tal poderá ser um obstáculo, haverá outros que não partilhem da mesma opinião. Devemos fazer uma análise casuística.

Em bom rigor, se para umas pessoas o vínculo biológico é um elemento fundamental e aquele que mais releva, também é verdade que haverá pessoas para as quais a partilha de laços sanguíneos não é, de todo, o mais importante, olhando para a esfera sentimental e emocional, assim como o lado altruísta, tendo presente que aquele pode ser o único modo através do qual poderão concretizar o tão aguardado projeto parental.

2.6 – MOTIVOS DE RECURSO À PMA

No que respeita às condições de admissibilidade da PMA, podem estas levantar alguns problemas. Será concebível que uma pessoa possa aceder à PMA alegando, para o efeito, que pretende ter um filho, sem que para tal tenha relações sexuais? Mais: Será razoável poder escolher o sexo da criança? E outras características físicas?

Para encontrarmos respostas às questões enunciadas, há que atender, em primeiro lugar, ao que lei dispõe nesta matéria. O art 4.º, nº 1 da LPMA esclarece que o recurso às técnicas da PMA assenta no princípio da subsidiariedade, não sendo, portanto, um

¹² Parecer 44/CNECV/04, nas declarações de voto dos Conselheiros Daniel Serrão, Jorge Biscaia, J. P. Ramos Ascensão, Marta Mendonça e Michel Renaud,.

método alternativo de procriação. O nº 2 daquele preceito acrescenta que o recurso àquelas técnicas também pode ser feito mediante um diagnóstico de infertilidade, ou em outros casos, para se evitar o risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Daqui se retira que só naquelas situações específicas é que é legítimo o recurso à PMA, prevenindo-se, assim, uma eventual transmissão de doenças hereditárias ou de índole infecciosa.

Para além desses casos, a recente alteração legislativa ocorrida em 2016, trouxe outra novidade neste âmbito. Nos termos do art. 4.º, nº 2 da LPMA, todas as mulheres passaram poder recorrer às técnicas da PMA, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Esta novidade legislativa constitui um verdadeiro desvio ao princípio da subsidiariedade plasmado no art. 4.º, nº1 da LPMA. Será que esta regra violará, de certa forma, o princípio da igualdade? Adiante nos pronunciaremos sobre a temática mas, como bem é apontado por alguns autores, na prática, a subsidiariedade da PMA releva apenas no caso do homem. Para uma mulher, a PMA corresponde verdadeiramente a um método alternativo de procriação¹³.

Em relação à possibilidade de escolha de determinadas características, tal opção está vedada na nossa ordem jurídica.

Em primeiro lugar, por força da aplicação do art. 14.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (também conhecida por Convenção de Oviedo), não é admitida a utilização das técnicas de PMA para escolher o sexo da criança que vai nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

Em segundo lugar, a própria LPMA inviabiliza esta possibilidade, em virtude do art. 7.º, nº 2 que proíbe a utilização das suas técnicas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do

¹³ Jorge Duarte Pinheiro, “O Direito da Família...”, Ob Citada, pp. 175-176.

sexo. O nº 3 enumera algumas exceções relativamente à regra geral mencionada, nomeadamente os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada a sexo, e para a qual ainda não seja possível a deteção direta por diagnóstico pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

Assim sendo, com exceção dos casos em que a saúde do nascituro imponha uma outra via, as soluções previstas na lei encontram, em si mesmas, fundamento, pois a escolha de características, sem rigorosa justificação médica, abre portas à livre seleção genética, bem como e ao tratamento das crianças como bens de consumo¹⁴.

2.7 – A PROBLEMÁTICA DO ANONIMATO DO DADOR

Neste domínio, importa questionar se a pessoa nascida com recurso às técnicas de PMA tem direito, ou não, de conhecer informações relativas ao dador do material genético e biológico. Em caso afirmativo, importa perceber em que circunstâncias tal pode suceder e que informações podem ser obtidas.

Nesta matéria, há que atender ao disposto no art. 15.º da LPMA, o qual estatui, como regra geral, o anonimato do dador. A lei impõe uma obrigação de guardar sigilo sobre a identidade de quaisquer participantes nos processos de PMA.

Por outro lado, à luz do nº 2, o direito de acesso está limitado às informações de natureza genética que digam respeito à própria pessoa interessada, nomeadamente a existência de doenças genéticas. Numa ótica de prevenção, esta possibilidade pode ser de extrema importância. Ressalvado fica, novamente, o anonimato do dador.

Para além destes casos, a lei concede também a possibilidade de se obter informação sobre a eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, mantendo-se, à mesma, a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este consentir na sua revelação, nos termos do nº 3 do artigo 15º.

¹⁴ Idem

No entanto, mesmo que o próprio dador consinta na divulgação da sua identidade, “tal não comporta quaisquer efeitos jurídicos, pois não nos podemos olvidar de que houve uma paternidade estabelecida com base no consentimento”¹⁵, pois a criança que vai nascer será considerada como filha dos beneficiários, e não do dador.

Por último, temos uma exceção no n.º 4 do art. 15.º da LPMA. Esta norma confere a possibilidade de se obter informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. Que razões ponderosas serão essas? Trata-se de um conceito indeterminado e que, por essas razões, carece de concretização jurisprudencial e doutrinal.

As razões ponderosas terão de ser equacionadas à luz do direito à identidade pessoal e do direito a desenvolvimento da personalidade. Os casos de perigo para a vida e para a saúde do filho, como por exemplo, necessitando ele de encontrar um dador compatível para a realização de um transplante”¹⁶.

A propósito do anonimato do dador ser levantado mediante sentença judicial, há quem teça fortes críticas a este regime, por considerar que “uma cláusula aberta que pode dar para tudo (...) é um puro apelo ao arbítrio judicial, uma carta em branco”¹⁷.

Mais uma vez, tem que ser feita uma análise casuística. Não se pode partir do pressuposto de que todos os que nasceram com recurso à PMA, irão intentar ação judicial para conhecerem a identidade do dador. De qualquer forma, cada caso terá as suas particularidades, que não serão respeitadas caso fossem estabelecidos *à priori* critérios de decisão, a ter em conta para todas as situações.

Ainda quanto a esta questão, há quem defenda uma posição mais extrema.¹⁸

¹⁵ Helena Gomes de Melo, “O direito ao conhecimento da origem genética”, p. 40.

¹⁶ Helena Gomes de Melo, Ob. Cit., p. 40. A autora sublinha ainda que o legislador pretendeu excluir aqueles casos de mera curiosidade.

¹⁷ José de Oliveira Ascensão, “A lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida”, p. 986.

¹⁸ Diogo Leite de Campos sustenta **que** “Só a jurisprudência nos permitirá daqui a alguns anos aperceber qual é entendimento que os tribunais terão de razões ponderosas. Desde já, contudo, poderei indicar que me parecem razões ponderosas a circunstância de o filho estar afetado psiquicamente, pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos; se assim se entender, o anonimato perderá muito do seu significado. Considero que o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece claro

Contudo, aqui chegados, continua a subsistir um problema: não está prevista legalmente a possibilidade de se descortinar a identidade civil do dador, mas tão-somente a identificação genética. Há autores que criticam as soluções consagradas no artigo 15.º da LPMA uma vez que, ao deixarem uma reduzidíssima margem de concretização ao direito ao conhecimento das origens genéticas em sede de PMA heteróloga, surgem como suas restrições legais¹⁹.

A tutela do sistema médico de combate à infertilidade humana, da reserva da intimidade da vida privada dos dadores e dos seus núcleos familiares estabelecidos é, assim, conseguida à custa de uma ofensa ao conteúdo essencial daquele direito, pelo que é constitucionalmente duvidosa a aceitação daquelas soluções²⁰.

Se estiver em causa uma questão ligada à saúde, cumpre indagar quais os valores e os direitos que estarão em confronto. De um lado, temos o direito à vida da pessoa que requereu o levantamento do anonimato; do outro, temos o direito à reserva da vida privada e à estabilidade familiar do dador.

O direito à vida está consagrado no artigo 24º da CRP, no capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias, assumindo uma posição de primazia em relação a outros direitos fundamentais, face à sua inserção sistemática. Nesta ótica, colocados ambos os dois direitos em cima da balança, e não sendo possível uma harmonização entre eles, deve prevalecer o direito à vida.

que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano (...) O sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2.º, 12.º, 13.º, 1 e 3 da CRP. Tal como previsto na lei, o sigilo sobre a identidade do dador é uma regra em evolução. Ou será, possivelmente, descaracterizado através da prática; ou haverá uma intervenção legislativa no sentido de o tornar mais consistente.”, Ob. Citada., p. 1028.

¹⁹ Rafael Vale dos Reis, “O direito ao conhecimento das origens genéticas”, 2008, p. 475.

²⁰ Idem

2.8 – O ENQUADRAMENTO SEGUIDO PELO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV)

O primeiro momento em que o CNE (atual CNECV) se pronunciou sobre esta matéria foi em 1993, através do Relatório – Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)²¹.

No relatório mencionado, o Conselho preocupou-se em refletir sobre as implicações éticas que a aplicação das técnicas reprodutivas poderiam trazer. O ponto de partida de reflexão foi o conceito de natureza humana, não a limitando apenas a uma vertente puramente biológica. Numa sociedade plural, democrática e justa, uma pessoa deve ter a liberdade²² para construir a sua vida pessoal e social, mas de um modo eticamente responsável.

O Conselho analisou se o recurso à PMA devia ser rejeitado por haver uma dissociação entre o ato sexual e a procriação, defendendo, para o efeito, que deve haver uma harmonia entre o ato procriativo e a relação afetiva.

Ressalvando esta primazia, procurou-se definir o conceito de “ato humano”, entendido “não de modo pontual mas englobante, como o conjunto dos segmentos ou partes de uma ação significativa única (...) O conjunto do ato sexual e das intervenções da RMA pode considerar-se como integrado numa ação significativa única de amor do casal. Consequentemente, é o amor, tendencialmente procriador, de um casal infértil o ato que estabelece a unidade entre a sua vida conjugal e as técnicas de RMA a que ele se submete”²³.

O Conselho concluiu também que as técnicas de PMA não deviam ser eticamente rejeitadas por haver uma dissociação entre o ato sexual e a procriação.

²¹ Disponível em www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf

²² O CNE sublinhou que essa liberdade obriga a que nenhuma pessoa seja usada como meio ou instrumento, para o que quer que seja. Cada pessoa humana deve ser tratada como um fim em si mesma, o que não sucederia caso a opção pelos filhos estivesse unicamente em função dos pais.

²³ Parecer 3/CNE/93, pp. 8-10, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf

O Conselho frisou ainda que as técnicas de RMA não constituem um método alternativo à reprodução natural e só devem ser utilizadas quando não for possível, por outros meios, como por exemplo o tratamento da infertilidade, tendo como princípio orientador a não instrumentalização da vida humana aplicado à utilização das técnicas de PMA.

Relativamente aos beneficiários das técnicas de PMA, constitui parecer do CNE em como estas só se devem aplicar aos casais heterossexuais, legalmente constituídos ou não, ficando excluídas todas aquelas situações em que o nascituro viesse a ter só uma mãe ou um pai, seja através de inseminação *post mortem*, ou através de procriação de uma mulher isolada (sem ligação, nem de direito nem de facto, a um homem) ou de um homem isolado (por recurso a mãe de substituição).

Em relação à questão da admissibilidade da PMA heteróloga, o CNE opôs-se à sua realização. Apesar de reconhecer que esta foi ganhando timidamente espaço ao longo dos tempos e de ser aceite gradualmente em várias sociedades, acaba por suceder, em muitos casos, que os casais que lhes pretendem aceder não refletem objetivamente sobre as várias questões éticas que a PMA levanta.

Na mesma senda, defende ainda o CNE que “nem tudo o que é tecnicamente possível é necessariamente desejável para a vida e para a dignidade humana”.

De igual modo, prevendo a lei o anonimato do dador do material genético, e não sendo possível conhecer-se a sua identidade, a não ser nos casos exceccionalmente previstos na lei, o CNE considerou também inadmissível a privação das relações filiais com o seu progenitor, desenraizando-se das suas origens genéticas.

2.9 – OS PARECERES 23/CNE/98, 44/CNECV/2004, 63/CNECV/2012, 87/CNECV/2016.

No relatório anexo ao Parecer 23/CNE/98²⁴, o CNE frisou que o sujeito principal do processo de reprodução medicamente assistida é o(a) filha(o).

O CNE debruçou-se sobre a questão da reprodução com recurso a dadores de sémen. Salientou o CNE que o facto de não ser reconhecido o direito ao conhecimento da identidade dos seus progenitores é eticamente inaceitável, pois colide com o direito à historicidade pessoal, negando, assim, um conhecimento pleno quanto à sua identidade própria e singular.

No Relatório Parecer 44/CNECV/2004²⁵, o Conselho apresentou algumas conclusões²⁶:

No Parecer 63/CNECV/2012, o CNECV voltou a refletir sobre a delimitação de potenciais beneficiários das técnicas da PMA, reforçando a ideia de que essa definição estará sempre intimamente ligada à conceção que se tenha relativamente à natureza da PMA: Como método subsidiário, alternativo ou complementar de procriação.

O CNECV manifestou uma opinião preocupada relativamente ao direito a constituir família, salientando o interesse natural de ser mãe ou pai, na medida em que assegurar descendência e estar relacionado biologicamente com alguém pode assumir uma

²⁴ Disponível em <http://www.cneqv.pt/pareceres.php>

²⁵ Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf

²⁶ A) As técnicas da PMA devem ser qualificadas como procedimentos alternativos à reprodução natural, de acordo com o princípio da subsidiariedade; b) os beneficiários da PMA deverão ser apenas os casais heterossexuais, com uma relação estável, quer hajam contraído matrimónio, quer vivam em regime de união de facto; c) a PMA heteróloga devem ter um carácter excecional, devendo a sua utilização ser objeto de autorização deve ficar garantida a hipótese de o filho/a biológico(a), a partir da respetiva maioridade legal, ter acesso à identificação do dador, em cumprimento do direito do filho à sua identidade pessoal e biológica. Porém, deve a todo o tempo estar disponível a informação genética que seja relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador, podendo ser solicitada antes do filho atingir os 18 anos, através dos seus representantes legais.

importância crucial na vida de muitas pessoas. Tal importância varia conforme os casos.

Nesta medida, nos casos em que for vital para as pessoas ter filhos, mas tal possibilidade lhes é proibida ou está vedada, pode constituir uma afetação gravosa dos planos de vida próprios, que só não será eticamente condenável se o Estado puder justificar, fundamentar, com razões de peso, essa restrição e proibição²⁷.

Foi, precisamente, neste aspeto que residiu o problema, porque os projetos de lei apresentados não continham razões justificativas suficientes que fundamentassem a exclusão do acesso às técnicas de PMA das pessoas que não se encaixavam no elenco de beneficiários.

No Parecer 87/CNECV/2016 foram trazidas à apreciação do Conselho várias propostas de lei, com vista à alteração da lei vigente da PMA, destacando-se as seguintes as referentes à modificação do âmbito subjetivo dos beneficiários das técnicas de PMA e à legalização da “gestação de substituição”.

Quanto à primeira proposta, o Conselho refletiu sobre o facto de que as técnicas de PMA terem sido pensadas, primordialmente, para se tentar solucionar casos de infertilidade. Este conceito foi sofrendo alterações, passando a abarcar também situações muito específicas, como, por exemplo, o tratamento de doença grave ou o risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa.

Foi também feita uma reflexão sobre algumas mudanças no contexto sociofamiliar na sociedade portuguesa, tendo-se observado uma abertura gradual em relação ao modo como se concebem as relações familiares, não só também da parte dos cidadãos, mas também das instituições, apesar de as técnicas e os métodos usados no contexto de PMA não sofrerem praticamente alterações significativas.

²⁷ Parecer 63/CNECV/2012.

Partindo deste pressuposto, compreende-se o impacto que esta mudança teve no modo como se encara a procriação. À semelhança do que anteriormente foi dito, a lei atual, embora seja anterior a este Parecer, acabou por contemplar uma mudança em relação aos beneficiários da PMA, pois passou-se a considerar as técnicas de PMA como uma alternativa à reprodução natural, estando diante de um direito de acesso geral, incumbindo ao Estado a sua regulação, rompendo-se a fronteira que antes existia entre a intervenção do Estado e vontade individual²⁸.

A análise ética que o CNECV fez teve como valores de ponderação o respeito pela vontade da mulher, imediata beneficiária das técnicas de PMA, e o respeito pelos direitos da criança que irá nascer. É à criança que urge tutelar, nomeadamente, em relação ao direito à sua identidade pessoal e genética e ao conhecimento das suas origens.

Sob o prisma dos direitos da mulher que pretende aceder à PMA, deve-se ter em linha de conta, a sua liberdade e autonomia para concretizar a sua pretensão de maternidade, conforme sublinhou o CNECV.

Igualmente se deve ter, em linha de conta, que o interesse da criança que vai nascer é salvaguardado. Este aspeto foi a principal preocupação do CNECV, ou seja, garantir que o princípio do superior interesse da criança é acautelado e valorizado, acima de todos os outros interesses envolvidos.

O CNECV demonstrou também a sua preocupação quanto ao “empobrecimento de matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”.

Relativamente à proposta de lei enunciada na alínea b), a legalização da maternidade de substituição, esta não foi a primeira vez que o CNECV teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema. No Parecer 63/CNECV/2012, o Conselho aceitou a gestação de substituição proposta nos projetos de lei em análise, mas listou 13

²⁸ Parecer 87/CNECV/2016, p. 10, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf

condições que deviam estar cumulativamente reunidas, tendo algumas das recomendações sido transpostas para a atual lei que regula a gestação de substituição.

No aludido parecer de 2012, o CNECV já tinha exposto a sua fonte de preocupações, recomendando que fosse prestada à mulher gestante toda a informação antes da celebração do contrato, a explicitação do seu conteúdo, às hipóteses de incumprimento e de revogação do contrato, assim como as decisões quanto a uma eventual interrupção voluntária da gravidez.

O tema da gestação de substituição tem sido objeto de discussão e de querelas doutrinárias. Por um lado, surgem interrogações quanto ao respeito da dignidade da humana da mulher gestante e na instrumentalização do corpo da mulher.

Por outro, ainda subsistem muitas dúvidas quanto à realização do superior interesse da criança: É possível garantir os direitos da criança que nasce com recurso à gestação de substituição? O CNECV salienta não se dispor ainda de evidências suficientes que permitam apurar os efeitos deste novo contexto reprodutivo na formação e na construção da personalidade de uma criança. Em sentido oposto, há estudos que apontam para uma inegável ligação biológica, orgânica e psicológica que se estabelece entre a mulher grávida e a criança.

Nesta temática, foi feito um estudo no qual foi observado que as mulheres gestantes sentem necessidade de construir uma relação com o bebé durante a gravidez. Esse vínculo é chamado materno-fecal. Comportamentos como imaginar, interagir, acreditar e preocupar-se revelam a existência de um vínculo com o feto, que permite a mulher nomeá-lo e torná-lo mais real²⁹.

Apresentadas algumas das suas conclusões, é de parecer do CNECV que, toda a evolução e a diversidade que as técnicas de PMA vão sofrendo ao longo dos tempos, fruto da própria evolução da medicina, continuam a suscitar várias questões éticas, e

²⁹ Rafaela Paula Marciano, Waldemar Naves do Amaral; “O vínculo mãe-bebê da gestação ao pós-parto: uma revisão sistemática de artigos empíricos publicados na língua portuguesa”, volume 43, nº 4, pp. 156-158.

que isso obriga a caminhar com cautela em relação à aplicação das sucessivas alterações legislativas.

Critica ainda o facto das várias propostas legislativas não atenderem às recomendações efetuadas: Comparando as sugestões do CNECV com a atual redação da lei, temos que o legislador acolheu grande parte delas, mas não explicitou adequadamente os termos da revogação do consentimento e as suas consequências.

2.10 – UMA EVENTUAL VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA?

Relativamente a este tema, já foram feitas algumas referências breves. Face à atual letra da LPMA, há que averiguar se a modificação do âmbito subjetivo dos seus beneficiários viola o direito à constituição de família.

Por agora, vamos limitar-nos a enunciar a questão: Podendo, agora, qualquer mulher, independentemente do respetivo estado civil ou da orientação sexual, recorrer às técnicas de PMA, haverá aqui algum tratamento discriminatório em relação aos homens, que estejam nas mesmas condições?

Nesta esteira, surgem muitas perguntas: O que está em causa no direito à constituição de família? Existe o desejo de ter filhos ou será efetivamente um direito? Assumindo que é um direito, será um direito fundamental ou, ao invés, será um direito, liberdade e garantia, ou até mesmo direito, económico ou social?³⁰

Remetemos a análise destas questões e a procura de respostas às mesmas para o capítulo seguinte.

³⁰ Vera Lúcia Raposo, “De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição”, p. 71.

3 – O DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Na ordem jurídica portuguesa, o instituto da família encontra-se tutelado na Constituição da República Portuguesa em sede de direitos, liberdades e garantias, através do artigo 36º, mas também no âmbito de direitos económicos, sociais e culturais, no artigo 67º.

Segundo alguns autores³¹, encontram-se garantidos, no art. 36º, os direitos relativos à família, ao casamento e à filiação, sendo de quatro ordens esses direitos:

- a) Direitos das pessoas a constituírem família e a casarem-se (nº 1 e nº 2)
- b) Direitos dos cônjuges, no âmbito familiar e extrafamiliar (nº 3).
- c) Direitos dos pais, em relação aos filhos (nºs 5 e 6).
- d) Direitos dos filhos (nºs 4, 5, 2ª parte, e 6).

Para o que aqui releva, irá ter-se mais em linha de conta a 1ª parte do nº 1 do artigo 36, por ser este o segmento que se refere expressamente ao direito de constituir família, e por ser este o direito em si que se pretende estudar e relacionar com tema da procriação medicamente assistida.

3.1 - O CONCEITO DE FAMÍLIA INSCRITO NA CONSTITUIÇÃO

O nº 1 do artigo 36º determina que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

O preceito referido tem suscitado alguns pontos de interrogação no que respeita à interpretação da sua fórmula literal, em virtude de o legislador ter optado por utilizar duas expressões distintas: “direito de constituir família” e “direito de contrair

³¹ GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA, “CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada”, artigos 1º a 107º, Volume I, p. 561.

casamento”. Será apenas um direito ou serão dois direitos distintos? Face a esta formulação, coloca-se a questão de saber se a mesma acarreta alguma consequência para a compreensão do conceito de “família”, para efeitos de se averiguar se a CRP consagra algum conceito constitucional de família.

Nesta matéria, de acordo com alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC), há aqui um entendimento da família “como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”³².

No mesmo sentido, escrevem alguns autores que a Constituição não admite a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, a denominada “família matrimonializada”³³.

Seguindo a linha de raciocínio destes autores, para a defesa daquela posição contribui o facto de o legislador ter feito uma diferenciação expressa entre as duas noções (“constituir família” e “contrair casamento”), mas também a regra contida no n.º 4 do art. 36.º, onde se afirma a igualdade dos filhos, tenham eles nascido dentro ou fora do casamento, e não “fora da família”. Nesta ótica, o conceito constitucional de família incluirá, por um lado, as famílias constituídas através do matrimónio, mas, por outro, também abrangerá as uniões de facto.

Considerando uma posição doutrinária oposta, “a conjunção e que une (aparentemente) dois direitos conferidos é um pouco estranha”, pois, em face da noção de casamento do art. 1577.º do Código Civil, “contrair casamento é constituir família”, sintetizando que “os dois direitos se reduzem a um só e a ordem da enunciação dos aspetos do seu objeto é infeliz, pois parte do efeito – “constituir família” – para a causa – “contrair casamento”.

Atendendo a outra posição doutrinária, há quem defenda que foi intencional, da parte do legislador, redigir o preceito tal como ele está configurado. Assim, “parece

³² Acórdão do TC n.º 690/98, disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=constitucionalidade&ficha=8584&pagina=343&exata=&nid=4425

³³ GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA, “CRP anotada...”, Ob. Citada., p. 561.

manifesto que o art. 36º, nº 1, ao distinguir a “família” do “casamento”, quis deixar bem claro que se trata de realidades diversas, como na realidade acontece, pois ao lado da família conjugal, fundada sobre o casamento, há ainda lugar para a família natural, resultante do facto biológico da geração, para a família adotiva, dir-se-á hoje, para a família baseada na união de facto³⁴.

Acrescenta o mesmo autor que, atendendo ao propósito de distinguir entre “casamento” e “família”, o legislador optou por não utilizar uma formulação semelhante à dos artigos 16º, nº 1 da DUDH (“direito de casar e de constituir família”); 12º da CEDH (“direito a casar-se e de constituir família”; e 9º da CDFUE (“direito de contrair casamento e de constituir família”), com o receio de que se viesse a concluir que o direito conferido era o de celebrar casamento e, através dessa celebração, constituir família, quando tal não era a sua intenção. Nesta senda, no art. 36º, nº 1, a menção expressa em separado de “direito de constituir família” e “direito a contrair casamento” foi intencional, visando arredar uma interpretação daquele preceito como a realizada pelo professor Luís de Castro Mendes³⁵.

3.2 - CONTEÚDO E DIMENSÃO DO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

No que concerne ao seu conteúdo, “o direito a constituir família implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos; direito que, embora não seja elemento essencial do conceito de família e nem sequer a pressuponha, lhe vai naturalmente associado. Isso compreende tanto a liberdade de procriação (não havendo lugar para interdições de procriação, limites ao número de filhos e esterilização forçada, que não seriam compatíveis com

³⁴ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, p. 135.

³⁵ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Ob. Citada, p. 136.

a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação pessoal que lhe é inerente), como o direito a uma paternidade e maternidade consciente e responsável³⁶.

No mesmo sentido, o “direito a constituir família”, conferido a todas as pessoas, casadas ou não, pelo art. 36º, nº 1, 1ª parte, seria, em primeiro lugar, um direito a procriar e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade. Salvo algumas diferenças de redação, aquele preceito reproduz, no essencial, os artigos 16º, nº 1 da DUDH; 12º da CEDH e 9º da CDFUE, mas também a nota explicativa deste último preceito, onde se afirma que se pretendeu “abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento”³⁷. Neste contexto, surge a questão de se tentar compreender que outras formas de constituição de família, para além das constituídas através do matrimónio, poderão encontrar aqui tutela. Será todo e qualquer tipo de realidade familiar?

Na sociedade atual em que vivemos, tem-se vindo a assistir a um alargamento do conceito de família. Por um lado, em paralelo com a chamada “família tradicional”, têm surgido outros padrões e agregados familiares, cuja composição difere das primeiras. Para o surgimento de novas relações familiares, têm contribuído inúmeros fatores: Um número crescente de indivíduos casa mais tarde, diminui o número de casamentos, aumenta a taxa de divórcio e de coabitação, mais casamentos envolvem pelo menos um divorciado, mais mulheres, divorciadas e solteiras educam os filhos sozinhas; as mulheres têm menos filhos e constituem família mais tarde; aumenta a taxa de nascimentos do casamento; mais mulheres decidem não ter filhos (...), entre outros fatores³⁸.

³⁶ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Ob. Citada, p. 567.

³⁷ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, p. 137, Ob. Citada.

³⁸ Apud, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, p. 814-815

De facto, é indiscutível que, nos últimos anos, se tem vindo a observar um crescimento do número de famílias que, pela sua composição, se opõem às denominadas “famílias de cariz tradicional”.

Consciente desta realidade, há quem defenda que “a Lei Fundamental revela abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares, nada impedindo que o significado do direito fundamental de constituir família seja concretizado, em termos amplos, pelo legislador democrático, sublinhado que, num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação, o art. 36º, nº 1, não exclui do seu âmbito de aplicação, para além da família conjugal e da família constituída por pais e filhos (ainda que adotivos), “as novas relações familiares e para familiares do nosso tempo”³⁹.

Aderindo à mesma posição, defende-se que “a clara delimitação que o nº 1 do art. 36º faz, entre o direito a constituir família e o direito a celebrar casamento permite, desde logo, alargar a família a comunidades constitucionalmente protegidas (“famílias monoparentais”, apenas com mães e filhos ou com pais e filhos; “comunidades familiares com filhos nascidos fora do casamento”, famílias formadas por irmãs ou irmãos, uniões de facto)⁴⁰, na medida em que elas já encontram proteção legal nos termos da Lei nº 135/99 e Lei nº 7/2001, de 11 de maio.

3.3 - LIMITES

O direito de constituição de família apresenta alguns limites. Alguns autores apontam alguns exemplos de normas que seriam inconstitucionais por violarem este direito: Imposição de esterilização de pessoas portadoras de determinadas doenças; o estabelecimento do número máximo de filhos que os casais poderiam ter e consequente sancionamento de casais que optassem por ter um número superior ao

³⁹ Jorge Miranda; Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, p. 815

⁴⁰ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Ob. Citada., p. 567.

fixado; proibição ao pai de perfilhar ou à mãe declarar a maternidade e filho adulterino ou incestuoso⁴¹.

Seria também inconstitucional, porque contrárias à dignidade da pessoa humana, mas também por violadoras do art. 36.º da CRP, quaisquer normas que obrigassem a um planeamento familiar forçado ou que impedissem as pessoas de procriar, nomeadamente, com esterilizações forçadas⁴².

Por outro lado, importa ter presente que o art. 36º, nº 1 apresenta uma formulação ampla, concedendo a todos o direito a constituir família “em condições de plena igualdade”. De entre as faculdades incluídas no âmbito daquele direito, encontra-se o direito a procriar, conforme já se afirmou. Questiona-se agora se, tendo uma pessoa o direito a ter filhos, “até que ponto esse direito envolve um direito à inseminação artificial heteróloga (com esperma de terceiro) ou à gestação por “mãe de aluguer”⁴³, ou se existirá aqui algum tipo de limite.

Os referidos autores defendem que o preceito parece não elidir o direito a ter filhos mediante PMA, mas afirmam que “a presente disposição constitucional só poderá oferecer algum subsídio para a questão em conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana e do estado de Direito democrático. A este propósito de se recorrer à PMA para exercer o direito a procriar, há quem sustente que “essas práticas correspondem ainda ao exercício do direito a procriar, que face à nossa lei, deve ter um recorte conceptual alargado”⁴⁴

Outros autores⁴⁵ consideram que a ordem jurídica portuguesa consagra um direito fundamental a procriar, através de recurso a técnicas de PMA, por força do art. 36º, nº 1 da CRP.

⁴¹ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Ob. Citada, p. 139.

⁴² Tiago Duarte, ‘*In vitro veritas?* A procriação medicamente assistida na constituição e na lei’, p. 35.

⁴³ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Ob. Citada, p. 567.

⁴⁴ Carlos Pamplona Corte Real, “Os efeitos familiares e sucessórios da PMA”, pp. 355-356. O autor exclui a possibilidade de se retirar esse direito aos casais homossexuais, defendendo não existirem razões jurídicas convincentes para essa limitação.

⁴⁵ Paula Martinho da Silva, “A lei da Procriação...”, p. 35.

Em sentido contrário, há quem defenda a existência de um direito à procriação natural decorrente do art. 36º, nº 1, mas que é duvidoso que o mesmo se possa alargar a toda e qualquer forma de procriação artificial, ou que a imposição de regulação das técnicas de PMA constante do art. 67º, nº 2 da CRP signifique que todas as técnicas devam ser admitidas, ou ainda que o seu uso deva ser elevado à categoria de direito fundamental⁴⁶.

Nesta matéria, e embora defendam que, do direito à constituição de família se extrai, em primeiro lugar, um direito a procriar e, conseqüentemente, o direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade, conforme foi já mencionado, ressalvam que “a atribuição deste direito conheça limitações ou restrições na lei ordinária, as quais poderão até ser impostas por outros princípios constitucionais de direito da família. Solução essa que poderia apoiar-se no princípio constitucional da proteção à infância (art. 69º), que não consentirá a criação deliberada de famílias monoparentais⁴⁷.

Uma dessas limitações invocadas por aqueles autores respeitava ao artigo 6º, nº 1 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida. Na anterior versão daquele preceito, apenas as pessoas casadas e não separadas de pessoas de bens ou de facto, ou as que, sendo de sexo diferente, vivessem em união de facto há pelo menos dois anos, podiam recorrer às técnicas de PMA, inviabilizando-se a sua utilização a quaisquer outras.

Por um lado, a lei atual contempla a possibilidade de uma mulher, independentemente do estado de civil ou da orientação sexual, e dos casais de mulheres, acederem à PMA, contribuindo, de certa forma, para a formação de raiz de mais famílias monoparentais.

Contudo, importa compreender as linhas argumentativas que surgem a favor e contra a formação de raiz de famílias monoparentais.

⁴⁶ Paulo Otero, “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano – Um perfil constitucional da bioética”, p. 21.

⁴⁷ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Ob. Citada, P. 140.

3.4 - AS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E O ACESSO À PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Nos últimos anos, tem-se assistido a uma proliferação de agregados familiares cuja composição difere da família tradicional, pois há cada vez mais pessoas singulares que traçam planos de vida que se afastam da “família convencional”. Uma dessas “modalidades” são as famílias monoparentais.

A favor de uma pessoa singular poder reproduzir-se mediante as técnicas da PMA, invocam-se argumentos como a “representação da maternidade e da paternidade como máximas “expressões da vida privada”⁴⁸.

A mencionada autora invoca também como argumento a favor, o direito da pessoa à realização pessoal mediante descendência⁴⁹.

Numa perspetiva, a hipótese de uma mulher ter filhos mediante PMA pode consistir no último reduto para concretizar um projeto de maternidade há muito desejado. Assim sendo, estando em causa uma decisão do foro pessoal da mulher – seja qual for a motivação que sustente essa opção – deve ser acautelada à luz do direito de constituição de família e, pelo menos, na possibilidade de acesso à PMA heteróloga.

Todavia, surgem também alguns argumentos contra o acesso de pessoas singulares às técnicas reprodutivas. Invoca-se o direito a uma dupla figura parental⁵⁰, cujas refrações psicológicas, sociais e antropológico-existenciais ditariam que cada criança contasse com dois progenitores de sexo distinto, no âmbito de uma família biparental (art 69.º/2 CRP), para evitar prejuízos para o futuro filho, que nasceria à partida desprovido de um dos progenitores, o que violaria direitos reconhecidos em textos

⁴⁸ Apud RAPOSO, Vera Lúcia, “O Direito à imortalidade (...)”, Ob. Citada, p. 302.

⁴⁹ Vera Lúcia Raposo, Ob. Citada, p. 303.

⁵⁰ Apud RAPOSO, Vera Lúcia, Ob. Cit. p. 303.

internacionais, mas também é utilizado o argumento de destruição da família tradicional e da sua coesão⁵¹.

Este último argumento costuma ser frequentemente alvo de discussão. Para os seus defensores, a família é um dos pilares base da sociedade em que vivemos, pois é o primeiro espaço sócio-afectivo onde um ser humano desenvolve as suas relações sociais, onde recebe educação, aprende princípios e cultiva valores. É neste contexto que uma pessoa deve aprender a disciplinar-se, a distinguir quais são as condutas corretas e as condutas erradas. Seguindo este raciocínio, o “ideal” seria uma família onde existissem duas referências: Um pai e uma mãe - uma referência feminina e outra masculina, numa lógica que obedecesse à complementaridade.

Será mesmo assim? Relativamente a esta questão, há quem responda que “no seio de uma Constituição que garanta a igualdade entre a família natural e a família legítima torna-se difícil justificar a proibição de reprodução fora do casamento, seja esta natural ou medicamente assistida (...) nem nada obriga a que a “família constitucional” seja composta por dois progenitores⁵².

Neste sentido, “a única imposição que neste aspeto deriva da CRP é a do conhecimento da identidade dos progenitores biológicos. Contudo, não impõe que sejam estes a assumir as funções tipicamente parentais. Exige, isso sim, que alguém as assuma, o que acaba por suceder também nas famílias monoparentais⁵³.

3.5 – O CONFRONTO DA NOVA LPMA COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A lei n.º 17/2016, de 20 de junho, procedeu ao alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA. Agora, todas as mulheres – independentemente do respetivo estado civil, orientação sexual ou diagnóstico de infertilidade – podem aceder-lhes. De fora,

⁵¹ Vera Lúcia Raposo, Ob. Citada, p. 304.

⁵² Apud RAPOSO, Vera Lúcia, Ob. Citada, p. 304

⁵³ Vera Lúcia Raposo, Ob. Citada, p. 304

ficaram os homens solteiros e os casais de homens, e os casais que vivam em condições análogas às dos cônjuges. Quais as razões que motivaram esta exclusão? Porque estão disponíveis para alguns, mas não para todos?

O caminho percorrido para tentar encontrar uma resposta a esta questão irá ser feito à luz de uma reflexão sobre do princípio da igualdade, consagrado expressamente no artigo 13º da CRP.

O artigo 13º, nº 1 proclama que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, acrescentando, no nº 2, que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social⁵⁴.

Segundo alguns autores, a dimensão liberal do princípio da igualdade consubstancia a ideia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstrata, considerada subjetivamente universal em virtude e da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação⁵⁵.

A dimensão democrática impõe a explícita proibição de discriminações, positivas e negativas, na participação no exercício do poder político, seja no acesso a ele (sufrágio censitário), seja na relevância dele (desigualdade de voto), bem como no acesso a cargos públicos⁵⁶.

⁵⁴ Jorge Miranda; Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa anotada”, Vol. I, p. 336-337.

⁵⁵ Jorge Miranda, Rui Medeiros, Ob. Citada, p. 337.

⁵⁶ Jorge Miranda, Rui Medeiros, Ob. Citada, p. 337.

Por último, a dimensão social reflete a “função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (económicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se a igualdade real entre os portugueses”⁵⁷.

Neste sentido, estando o princípio da igualdade situado sistematicamente nos “princípios gerais dos direitos e deveres fundamentais” na CRP, este tem a ver, fundamentalmente, com igual posição em matéria de direitos e deveres, consistindo, essencialmente, na proibição de privilégios ou benefícios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever; proibição de prejuízo ou detrimento na privação e qualquer direito ou na imposição de qualquer dever⁵⁸, nos termos do n.º 2 do art. 13.º.

Para outros autores, o princípio da igualdade proclama a exigência de igualdade na aplicação da lei, exigência dirigida ao juiz e à administração no sentido de que apliquem a lei, consubstanciando-se na ideia de que todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que ela estabelece e todos por forma idêntica e todos se acham sujeitos aos deveres por ela impostos⁵⁹.

Neste sentido, o artigo 13.º, ao determinar que todos os cidadãos são “iguais perante a lei”, não se limita a consagrar o princípio da igualdade em sentido formal, mas também deve considerar-se garantida a igualdade jurídica material ou substancial; igualdade que requer que o que é igual seja tratado igualmente de acordo com o critério da sua igualdade, e que aquilo que é desigual seja tratado desigualmente segundo o critério da sua desigualdade⁶⁰.

Nesse contexto, quais são as situações merecedoras de um tratamento desigual e quais são os critérios que lhe estão na base? No Acórdão n.º 76/85, o Tribunal Constitucional veio afirmar que existem fatores materiais que determinam um tratamento normativo desigual, fatores que devem implicar uma justificação que

⁵⁷ Jorge Miranda, Rui Medeiros, Ob. Citada, p. 337.

⁵⁸ Jorge Miranda, Rui Medeiros, Ob. Citada, p. 338.

⁵⁹ Helena Pereira de Melo, “Implicações jurídicas do projeto do genoma humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?”, p. 366.

⁶⁰ Helena Pereira de Melo, “Implicações jurídicas...”, Ob. Citada, p. 366.

encontre o seu fundamento na articulação entre os critérios adaptados pelo legislador e os objetivos da lei. Assim, a desigualdade de tratamento será consentida quando, depois de se fazer uma ponderação entre o fim que a lei pretende alcançar e os critérios exigidos pelo legislador, se concluir que, à luz dos princípios adotados pela CRP, está autorizado o tratamento diferenciado das situações delimitadas na lei ordinária⁶¹.

Nesta ótica, é ponto assente de que o princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções – proíbe, isso sim, o arbítrio, ou seja, as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes⁶².

Assim sendo, de acordo com o parecer nº 26/82 da Comissão Constitucional, “onde a lei considerar que determinada situação apresenta um particularismo suficientemente distinto e relevante para justificar um tratamento legal diverso do concedido a situações equiparáveis.”

Num acórdão mais recente, o Tribunal Constitucional veio acrescentar que “a proibição do arbítrio exige um tratamento diferenciado, mas proporcionado, de situações que, no plano fáctico, surjam como diversas”⁶³.

No entanto, como é que se deve analisar algumas situações concretas da vida, destrinchando as suas particularidades, e concluindo-se por um ou outro critério que deve presidir à leitura? O TC esclareceu que esta é uma tarefa que compete ao legislador, a de “averiguar a existência de um particularismo suficientemente distinto para justificar uma desigualdade de regime jurídico, e decidir das circunstâncias e fatores a ter como relevantes nessa averiguação, pois é ele que detém o primado da concretização dos princípios constitucionais e a correspondente liberdade de

⁶¹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850076.html>.

⁶² Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880039.html>.

⁶³ Disponível para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050096.html>.

conformação: o princípio da igualdade também aqui se apresenta fundamentalmente em sede de controlo de constitucionalidade, como proibição do arbítrio⁶⁴.

Atendendo ao exposto, e articulando com o tema da procriação medicamente assistida, subsiste uma dúvida: O que é igual e o que é diferente para este efeito? Será que a opção sexual torna uma pessoa diferente para efeitos de parentalidade?⁶⁵

Questiona-se se a orientação sexual é um critério que deve ser considerado, per si, quando falamos do acesso à PMA. Decerto existirão mais elementos diferenciadores. Pensamos que o atual regime legal da PMA apresenta algumas incongruências na medida em que, se equacionássemos a orientação sexual como um critério válido e atendível nesta matéria, então ele teria de se aplicar no seu todo, e a lei atual aponta no sentido contrário.

Contudo, estamos perante uma solução legislativa muito recente. O tema foi, timidamente, ganhando espaço e evoluindo na nossa sociedade. Por um lado, face aos conhecimentos científicos atuais, é indiscutível que homens estão impedidos de se reproduzirem biologicamente, pelo que, caso quisessem exercer o seu direito a procriar, teriam de recorrer, necessariamente ao instituto da gestação de substituição, que atualmente lhes está vedado. Por outro lado, atendendo às dificuldades e à resistência que a LPMA foi enfrentando até à data em que entrou em vigor, se calhar ainda é cedo para se configurar a possibilidade de os homens solteiros e os casais de homens poderem procriar através deste “mecanismo”.

No entanto, temos dúvidas sobre se o critério da orientação sexual – a ser somente este – deva operar como fundamento máximo e orientador dessa exclusão. Se for essa a diretriz, verifica-se, conforme já foi dito, uma incoerência na lei, porque “as mulheres podem, mas os homens não”. Será que os argumentos existentes contra o recurso à gestação de substituição podem minimizar este contrassenso?

⁶⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930806.html>

⁶⁵ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 725.

A autora Vera Lúcia Raposo tece alguns reparos e críticas – embora os tenha escrito na vigência da lei antiga - mas que podem ser transpostos quando se discute a ratio legis. Diz-nos a autora que “todas as pessoas são, em abstrato, titulares do direito à reprodução., mas que este direito só poderia ser livremente exercido quando a natureza, isto é, a biológica o permitisse. Se uma mulher só, viúva ou lésbica, engravidar pelos métodos ditos “naturais” (por relação sexual com um ser humano do sexo masculino), o Estado não tem legitimidade para se imiscuir nesta opção de vida. Não lhe pode retirar a criança, nem forçá-la a abortar, nem sancioná-la de qualquer modo. Isto é, não pode proibir este comportamento. Mas quando assim não seja e se sinta a necessidade de recorrer aos avanços da ciência, já o direito à reprodução não poderia ser exercido, pois embateria no direito ao bem-estar do novo ser, que logo ao nascer se veria privado de uma parcela substancial da sua integração humana, qual seja, o direito a nascer numa família supostamente funcional⁶⁶.

E será essa funcionalidade aferida de acordo com a estrutura de cada família? Ou será em função das características e competências pessoais, sociais e parentais de cada elemento que compõe o agregado familiar?

Em todo o caso, olhando ao princípio da igualdade, será que temos aqui uma discriminação injustificada, baseada na orientação sexual, à luz do nº 2 do art. 13º da CRP?

3.6 – DA REPRODUÇÃO HUMANA - OS DIREITOS REPRODUTIVOS

3.6.1 – ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL NO DOMÍNIO INTERNACIONAL

Em 1994, realizou-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, conhecida por “Conferência do Cairo”. Uma das questões debatidas incidiu sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres,

⁶⁶ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 725-726.

nomeadamente sobre a importância de estas tomarem livremente decisões acerca da sua saúde reprodutiva⁶⁷.

A saúde reprodutiva implica um estado completo de bem-estar físico, social e mental, e não só a ausência de alguma doença ou enfermidades, em todas as matérias ligadas ao sistema reprodutivo e as suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planeamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controlo da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor oportunidade de ter um filho sadio⁶⁸.

Neste sentido, “os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos baseiam-se no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”⁶⁹.

⁶⁷ Disponível em <https://www.unric.org/pt/mulheres/23169>.

⁶⁸ Como se pode ver em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/instru_inter_cairo.pdf

⁶⁹ Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, p. 34, disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/instru_inter_cairo.pdf

A partir daquela data, os direitos reprodutivos passaram a ser classificados como direitos humanos, direitos fundamentais inerentes a todos seres humanos pela sua condição.

A OMS avançou a seguinte definição de direitos reprodutivos: “Reproductive rights rest on the recognition of the basic rights of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. They also include the right of all to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence”⁷⁰.

3.7 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS

3.7.1 – DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA E OS DIREITOS REPRODUTIVOS

O direito à reprodução surge muitas vezes associado ao direito à constituição de família. Sendo um direito plurissignificativo, tanto poderá abranger o “direito em si de uma pessoa se reproduzir; o direito ao reconhecimento jurídico de vínculos familiares previamente constituídos, como também o direito ao matrimónio.” Somente no primeiro sentido existe coincidência entre “constituição de família” e reprodução⁷¹.

Nesta perspetiva, considerando o direito à reprodução como derivando do direito à constituição de família, constitucionalmente consagrado, cumpre indagar se este direito implica apenas os modos de reprodução natural ou também formas de reprodução assistida e, neste caso, se todas as técnicas são admissíveis⁷².

⁷⁰ <https://www.regeringen.se/49c81f/contentassets/7a8ef48b033947e29cf3356ff8789720/swedens-international-policy-on-sexual-and-reproductive-health-and-rights>, pág. 11.

⁷¹ Vera Lúcia Raposo, “De mãe para mãe...”, p. 75.

⁷² Vera Lúcia Raposo, “De mãe para mãe...”, p. 75

Em 1997, em sede de revisão constitucional, a LC nº 1/97 acrescentou a alínea e) ao artigo 67º da CRP, impondo ao Estado a regulamentação da procriação assistida. Com esta alteração à CRP, resolveu-se o problema da admissibilidade constitucional da procriação assistida, reconhecendo *expressis verbis* a liberdade de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado⁷³.

Afirma-se que este direito, atendendo à sua natureza, pressupõe dimensões prestacionais, dado que se trata de uma procriação medicamente assistida, mas não se reconhece um direito subjetivo a toda e qualquer procriação possível segundo o estado atual da técnica, excluindo-se, desde logo, formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana, como a procriação através das técnicas de clonagem ou de paraclonagem⁷⁴.

3.8 – A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

Conforme já foi dito, o direito de acesso à PMA, na medida em que é uma vertente do direito à reprodução – e este uma manifestação do direito à constituição de família – é um direito fundamental. Assim, há que averiguar se são direitos de liberdade ou direitos a prestações e, por conseguinte, se deverão seguir o regime constitucional dos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) ou dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC)⁷⁵.

3.8.1 – OS CONCEITOS DE DLG E DESC

De acordo com o jurista Jorge Reis Novais, atendendo à sistematização da CRP, “encontramos integrados tendencialmente nos direitos, liberdades e garantias os direitos fundamentais que garantem genericamente o acesso individual a bens de

⁷³ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Ob. Citada, p. 859.

⁷⁴ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Ob. Citada, p. 859.

⁷⁵ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 176

liberdade individual, autonomia pessoal e participação política e, nos direitos económicos, sociais e culturais, os direitos fundamentais que garantem o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais relacionados com o bem-estar e as condições de vida”⁷⁶.

3.8.2 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS ENQUANTO DLG

Nos direitos de liberdade, os deveres que incumbem ao Estado são, em geral, independentes de quaisquer disponibilidades financeiras e materiais, pelo que, dependendo exclusivamente da vontade de os poderes constituídos observarem os preceitos constitucionais, a satisfação desses deveres é imediatamente exigível por força da consagração constitucional do direito, o que pode não significar, note-se, exequibilidade imediata desse direito⁷⁷.

Se considerarmos como um DLG, o direito à reprodução assenta num direito de liberdade, isto é, estar-se-á na presença de um poder de autodeterminação da pessoa, a implicar, para o Estado e para os outros cidadãos, um dever de não ingerência e de abstenção face a esse direito⁷⁸.

Nas palavras desta autora, o direito reprodutivo surge como um direito negativo, uma liberdade perante o Estado e os demais cidadãos. Na sua vertente negativa, como direito de liberdade, exige-se que o Estado não se imiscua nas decisões reprodutivas dos cidadãos, exceto se se estiver em causa um interesse público suficientemente forte, como por exemplo a proteção da vida do embrião⁷⁹.

⁷⁶ Jorge Reis Novais, “Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa”, 2014, p. 8 Artigo disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc

⁷⁷ Jorge Reis Novais, “Direitos de liberdades e direitos sociais...”, Ob. Citada., p. 14.

⁷⁸ Apud, RAPOSO, Vera Lúcia, p. 176.

⁷⁹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 178.

Paralelamente a este direito, surge a obrigação correspondente de “não fazer”, de não ingerência por parte do Estado⁸⁰, ou de todos aqueles que não forem titulares do direito reprodutivo⁸¹.

3.8.3 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS ENQUANTO DESC

Na CRP, as normas que preveem os direitos a prestações, contêm diretivas para o legislador, ou seja, são normas impositivas de legislação, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado a tomada de medidas para que haja uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos (...) não são normas de cariz meramente organizatório, pois são fornecidos através da CRP critérios de modo a determinar o conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários⁸².

Nesta categoria de direitos, o seu conteúdo não é, em geral, constitucionalmente determinado ou determinável (...) na sua dimensão principal e em abstrato, estão afetados, por parte do Estado, das condições materiais de acesso a bens sociais – por uma reserva do financeiramente possível. Assim, a norma constitucional de garantia de um direito social traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado⁸³.

Enquanto direito económico, social e cultural, o direito reprodutivo (no sentido do direito a procriar) apresenta duas vertentes: uma negativa e outra positiva. Assim, se

⁸⁰ Com a exceção de que incumbe ao Estado a tarefa de regulamentar a procriação assistida, como já foi referido supra.

⁸¹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 178

⁸² José Carlos Vieira de Andrade, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Ob. Citada, p. 387.

⁸³ Jorge Reis Novais, “Direitos de liberdade...”, Ob. Citada, p. 13-14

por um lado ninguém pode ser proibido de procriar, por outro, a pessoa mantém uma inteira liberdade nessa matéria⁸⁴.

Os DESC apresentam uma natureza positiva, enquanto direito a prestações. Assim, equacionando em abstrato, no que consiste exatamente o dever de prestação por parte do Estado? Retomando um ponto que já foi mencionado, atenda-se ao art. 67º da CRP, onde se impõe ao Estado a tarefa de regulamentação da PMA.

No entanto, “não é líquido se o preceito transporta direitos reprodutivos positivos e a obrigatoriedade de o Estado suportar ou compartilhar os custos desta forma de procriação, desde logo porque a utilização desta técnica obedece, no contexto atual, ao princípio da subsidiariedade. As dimensões prestacionais públicas poderão eventualmente justificar-se quando o direito a ter filhos não é possível sem o recurso a técnicas de procriação assistida. A Constituição não consagra, porém, o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais⁸⁵.

Atualmente, o cenário difere da opinião enunciada: O critério de acesso à PMA foi alterado – passou de subsidiário a alternativo. Será que, mesmo assim, existe aqui um dever de prestação estatal?

Para além disto, o principal fundamento dos direitos reprodutivos como DESC, reside na sua remissão para o direito à saúde⁸⁶.

Antes de mais, qual o conceito de saúde? Segundo a OMS, “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁸⁷.

Para tal, determinam o nº 1 e o nº 2 do artigo 25º da DUDH que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-

⁸⁴ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 181.

⁸⁵ J.J Gomes Canotilho; Vital Moreira; Ob. Citada, pp. 859-860.

⁸⁶ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Cit., p. 185.

⁸⁷ Constituição da Organização Mundial de Saúde, disponível em http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF2/0902_Constituic%CC%A7a%CC%83o%20da%20Organizac%CC%A7a%CC%83o%20Mundial%20da%20Sau%CC%81de.pdf

estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle; e que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”⁸⁸.

Para alguns autores, essa proteção social pode implicar que as técnicas de PMA devam ser incluídas no âmbito da prestação pública de saúde, apenas e tão só no limite dos recursos humanos, materiais e tecnológicos existentes. Ainda que devam ser claras e transparentes as razões pelas quais uma instituição, em particular, não tem recursos para oferecer este tipo de serviço (*public accountability*)⁸⁹.

Assim, na hipótese de se recorrer à PMA numa situação em que não lhe preceda o diagnóstico de infertilidade ou outra doença, que impeça uma pessoa de se reproduzir sem auxílio das técnicas de PMA, será razoável a exigir-se a comparticipação dos custos associados àquela prestação? Para as pessoas que almejam fervorosamente a realização de um projeto parental, e não podendo de outro modo concretizá-lo, então poder-se-ia falar que o seu “bem-estar social e/ou mental” estaria a ser afetado, não obstante a ausência do diagnóstico de infertilidade, pois aqueles são elementos integrantes do conceito de saúde fornecido pela OMS.

Nesta matéria, afirma-se que “a dificuldade em acolher o direito reprodutivo no direito à saúde reside na problemática definição da infertilidade como uma doença e das técnicas reprodutivas como o respetivo tratamento, no âmbito da chamada “saúde reprodutiva”⁹⁰.

⁸⁸ Pode ser consultada <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>

⁸⁹ Parecer nº P/04/APB/06, p. 15, que pode ser consultado em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802559281147874067diag_pre_implantacao_parecer_04.pdf

⁹⁰ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 319

Contudo, como o elenco de direitos sociais constitucionalmente consagrado não esclarece este tópico, pois entra constantemente em conflito com outros direitos também de nível constitucional, pelo que a decisão de saber se uma prestação concreta é ou não devida, exige uma prévia ponderação entre razões tendencialmente antagónicas (...) provavelmente esta ponderação só pode ser levada a cabo depois de conhecidos os números estatísticos de quantos tratamentos reprodutivos são anualmente realizados em média em cada país, os fundamentos de acesso à PMA e quais as características dos beneficiários⁹¹.

Relativamente a Portugal, e fazendo um breve enquadramento em termos estatísticos, de acordo com um estudo desenvolvido pela Faculdade de Medicina da Universidade do Porto e a égide da Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução, cerca de 10% dos casais portugueses sofrem de infertilidade ao longo da vida, o que equivale, aproximadamente, a 260.000/290.000 de portugueses⁹².

No que respeita ao financiamento estatal dos custos, distinga-se duas situações: Quando os tratamentos são feitos no setor privado e no setor público. No primeiro, a comparticipação do Estado engloba somente os medicamentos. No segundo, a cobertura estatal dos custos está limitada a um tratamento por ano e por casal, numa totalidade de três tratamentos possíveis. O Estado paga a cada centro onde são feitos os tratamentos de fertilidade um valor que varia entre os 2.300 e 2.800 euros por cada tratamento, assumindo ainda uma comparticipação de 69% do valor dos medicamentos (o valor restante é pago pelos casais)⁹³.

Recentemente, foi elaborada uma proposta do CDS que visava alargar o número de tratamentos comparticipados pelo SNS a casais inférteis, estando em causa uma alteração ao Orçamento do Estado apresentada por aquele partido político, e que

⁹¹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 185.

⁹² Um breve resumo do estudo disponível no site

https://sigarra.up.pt/fmup/pt/noticias_geral.ver_noticia?p_nr=1584

⁹³ Informações recolhidas na notícia publicada no site

<https://www.jn.pt/sociedade/saude/interior/sociedade-de-medicina-de-reproducao-defende-fim-do-limite-aos-tratamentos-de-fertilidade-3452629.html>

aumentava de três para cinco os ciclos de tratamento de procriação medicamente assistida comparticipados pelo Estado. A proposta que foi chumbada com os votos contra do PS, PCP e BE e com a abstenção do PSD⁹⁴.

Em relação à comparticipação em si, ela terá de ser feita de acordo com o critério da “reserva do financeiramente possível”. A alocação de meios financeiros, de recursos materiais e humanos terá de ser analisada em concreto, consoante a disponibilidade financeira do Estado em cada momento.

4 – OS FILHOS: DIREITO, VALOR OU INTERESSE?

4.1 – PORQUE PROCRIAMOS?

Há que fazer uma reflexão acerca dos verdadeiros motivos que estão por detrás da intenção – chamemos-lhe agora assim - de procriar. Por vezes, debatemo-nos com questões como “porque é que as pessoas têm ou querem ter filhos?”.

Na nossa sociedade, desde cedo é incutido a muita gente que o “estilo ideal” de vida passa pela realização integral dos estudos, começando no ensino obrigatório, seguindo-se a faculdade ou um curso profissional, para, uma vez terminada a fase estudantil, sairmos da residência onde vivíamos até então com os progenitores, para iniciarmos o nosso percurso na vida sozinhos. Depois, devemos casar e ter filhos. Muita gente cumpre esta meta, mas nunca fez uma introspeção no sentido de tentar compreender quais são as razões que lhe subjazem. Atendendo ao carácter subjetivo da questão, é possível obter um conjunto variado de respostas. Há quem avance algumas: “A perpetuação da vida para além da morte num intento de imortalidade; a imagem da fusão com um outro que se ama; o desejo de amar e de ser amado de forma incondicional por uma criatura que é parte de nós; uma forma de manter o

⁹⁴ Informação obtida nos seguintes sites: <https://ionline.sapo.pt/591157>

<http://www.vitalhealth.pt/saude/5574-infertilidade-parlamento-chumba-aumento-da-comparticipa%C3%A7%C3%A3o-da-procria%C3%A7%C3%A3o-medicamente-assistida.html>

nome da família e a riqueza; a necessidade de mão-de-obra familiar; o desejo de alguém que nos cuide na velhice. Sempre se dirá que a principal causa da reprodução radica num dos mais profundos e fortes desejos humanos: a aspiração a prorrogar a nossa existência no mundo após a morte física do corpo⁹⁵.

Assim, independentemente dos motivos, para uns tal pode ser essencial mas, para outros, não.

4.2 – QUERER TER FILHOS CONSISTE NUM DESEJO?

Neste âmbito, questiona-se: “Será que a aspiração a ter filhos não passa de um mero desejo, ou será efetivamente um direito? Neste último caso, um direito moral ou legal? Sendo um direito legal, trata-se de um direito fundamental?”⁹⁶

Considerando a hipótese de estar em causa um desejo de ter filhos, há quem se interroge “qual a natureza desse desejo (...) não se confunde com o “egoísmo” porque não se estrutura a partir de interesses de carácter meramente subjetivo. Também não se confunde com a “necessidade” que se reporta ainda a interesses, subjetivos ou objetivados, considerados imperiosos para a existência do próprio. Ambos, egoísmo e necessidade, desenvolvem-se num plano imanente ao sujeito em que vêm a ser satisfeitos. O “desejo”, que ao contrário das noções anteriores sempre desempenhou uma função relevante no domínio da reflexão ética, constitui uma motivação específica na sua ligação imediata a uma finalidade em relação à qual constitui o motor. O desejo é um movimento, uma intencionalidade, pelo que a sua significação não se esgota em qualquer objeto ou realidade. O desejo é na sua transcendência, testemunhando assim também uma radical e insuperável privação do sujeito a si mesmo”⁹⁷.

⁹⁵ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 112.

⁹⁶ Vera Lúcia Raposo, “De mãe para mãe...”, Ob. Citada, p.71.

⁹⁷ Maria do Céu Patrão-Neves, “A infertilidade e o desejo de procriar: perspetiva filosófica, p. 76., in “A ética e o direito no início da vida humana”, Coordenação: NUNES, Rui; MELO, Helena; Coletânea Bioética Hoje – III, G.C. – Gráfica de Coimbra, Lda., Outubro de 2001.

4.3 – SERÁ UM DIREITO?

Para outros autores, a partir do momento em que “a PMA é procurada fora do contexto de infertilidade, partindo do desejo de um filho como um direito, e apelando à autonomia e à liberdade reprodutivas; considerar exclusivamente o princípio da autonomia conduz à conversão do comum desejo de ter um filho, enquanto expressão de um projeto parental, num reivindicado direito a um filho, enquanto visado pela liberdade dos candidatos a pais”⁹⁸.

Assim, “o casal pode acabar por desenvolver a ideia de filho como um direito e não como um dom”⁹⁹.

No mesmo sentido, reconhecer o direito a procriar “poderia significar a coisificação do novo ser humano, considerá-lo como objeto adquirível, possível, para usufruto de quem o detém e que, tal como se faz quando se deseja, também se desfaz quando é, ou passou a ser, indesejado”¹⁰⁰.

Em todo o caso, a autora mencionada ressalva o facto de, em nenhum país, se reconhecer o direito a procriar.

Outros, “vislumbram na reprodução um direito, mas somente quando se processe por meios naturais, isto é, mediante coito entre um homem e uma mulher. Em contrapartida, quando seja necessário recorrer à técnica médica, o direito desapareceria. Estes últimos casos, conquanto admissíveis, não configurariam já um direito (...) Ou então apenas se trataria de um direito quando exercido a 2, de forma mancomunada, pelo que ninguém seria isoladamente titular desse direito. Em termos individuais, o que existiria seria um mero desejo”¹⁰¹.

⁹⁸ Margarida Silvestre, “Embriões excedentários – Entre a técnica, a lei e a ética”, p. 59.

⁹⁹ Cit. por SILVESTRE, Margarida, Ob. Cit., “Embriões excedentários...”, p. 59.

¹⁰⁰ Apud, SILVESTRE, Margarida, Ob. Cit., p. 59.

¹⁰¹ Cit. por Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 113.

4.4 – SERÁ UM VALOR?

Alguns autores propõem uma abordagem da reprodução humana assente em valores. Um desses autores foi o filósofo Ronald Dworkin que, à semelhança de outros, em vez de se focar na figura dos direitos humanos, procurou inserir juridicamente o tema, relacionando-o com valores (...) O autor defende uma posição semelhante em relação ao aborto – que, apesarem de não consistirem no mesmo – permite retirar algumas conclusões por analogia, na medida em que ambos convergem no conceito geral de direito reprodutivo, representando o aborto a sua dimensão negativa (pelo menos em alguns casos), e o uso da PMA a sua dimensão positiva.¹⁰² Segundo aquela posição, a discussão deveria basear-se não num conflito de direitos, como até ali era feito, mas sim partir do princípio da santidade da vida, de acordo com o qual a vida tem valor intrínseco em si mesma, independentemente da existência de qualquer concreto direito ou interesse na sua manutenção (...) propõe a transição de uma visão centrada em direitos para uma centrada no valor da vida – no caso do aborto, não só do nascituro mas também da mulher grávida, enquanto bem de valor superior e inato, o que a torna sagrada¹⁰³.

Seja qual for a conceção que se adote, se considerássemos o querer ter filhos como um direito, mas apenas num contexto de parceria/vida em comum com outra pessoa, estaríamos a restringir o direito à reprodução de cada pessoa, isoladamente considerada. A defender uma posição de ser um direito, não seria necessária a exigência de o mesmo ser exercido a dois. De qualquer forma, derivando o direito a procriar do direito à constituição de família, o mesmo nunca poderá levar a uma reivindicação de a pessoa ter o direito a um filho, pois este não é propriedade dos progenitores.

¹⁰² Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 108.

¹⁰³ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 109.

5 – OS ACÓRDÃOS Nº 109/2009 E Nº 225/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em 2009, um grupo de 31 deputados da Assembleia da República requereu ao TC a declaração de inconstitucionalidade de várias normas da Lei nº 32/2006, nomeadamente as relativas à admissibilidade da procriação heteróloga, ao regime de sigilo a ela inerente, assim como também em relação ao estabelecimento das relações jurídicas de filiação. Em sede de fiscalização sucessiva, foi proferido o acórdão nº 109/09¹⁰⁴, no qual não declarou a inconstitucionalidade de qualquer uma das referidas normas.

Quanto à admissibilidade da procriação heteróloga, o TC entendeu que a possibilidade de se recorrer à PMA heteróloga justifica-se quando “face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários, consignando que os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer. Tinha sido invocada a inconstitucionalidade desta norma por não assegurar o “direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento jurídico da paternidade, nem o direito à identidade, na vertente do direito à historicidade pessoal, além de facilitar situações de monoparentalidade”.

O TC realçou o facto da lei nº 32/2006 consagrar um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga, razão pela qual o legislador não deixou de privilegiar a correspondência entre a progenitura social e a progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador, encontrando-se esses casos excepcionais suficientemente

¹⁰⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090109.html>

justificados pela superioridade do interesse em ter filhos, protegido pelos direitos constitucionais ao desenvolvimento da personalidade e à constituição de família¹⁰⁵.

Em relação ao anonimato em torno do dador, o TC sublinhou que o regime legalmente previsto não é fechado, na medida em que pode ser facultado às pessoas que nasçam em resultado da aplicação das técnicas de PMA, informações de natureza genética, mas também relacionadas com uma eventual existência de impedimento legal a projetado casamento. Outra exceção legalmente consagrada reporta-se à hipótese da identificação do dador ser levantada, quando se verifiquem “razões ponderosas” – já nos referimos a elas noutro ponto desta tese - e sempre mediante decisão judicial. Estes limites encontram fundamento quando outros valores constitucionalmente consagrados se erguem e reclamam tutela, nomeadamente o direito à intimidade e reserva da vida privada e a proteção da família.

Quanto ao estabelecimento da paternidade da criança nascido deste processo, é considerado filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação. Esta presunção de paternidade pode ser impugnada pelo marido ou por aquele que viva em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado. O dador de sémen nunca pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela. Invocou-se que este regime, porque admite situações de monoparentalidade¹⁰⁶.

¹⁰⁵ João Cura Mariano, “O direito da família na jurisprudência do Tribunal Constitucional português”, revista jurídica JULGAR, n.º 21, 2013, p. 16. Disponível na internet em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/02-Cura-Mariano-Direito-Fam%C3%ADlia-na-Jurisprud%C3%A2ncia-do-TC.pdf>

¹⁰⁶ João Cura Mariano, “O direito da família...”, Ob. Citada p. 17.

Acórdão nº 225/18

Em 2017, alguns deputados dos partidos políticos CDS-PP e PSD apresentaram ao TC um pedido de fiscalização sucessiva abstrata da legislação que procedeu ao alargamento do acesso das técnicas de PMA e que aprovou a gestação de substituição. Entenderam os deputados que o art. 8º, relativo ao instituto da gestação de substituição, não salvaguarda adequadamente os direitos da criança e da mulher gestante, podendo estar-se perante de uma eventual violação do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade, o direito à proteção da infância por parte do Estado, o direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e à identidade genética.

Em relação à PMA, em concreto a questão do anonimato do dador, os deputados defendiam que a lei atual colide com o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, na medida em que a identidade do dador só poderia ser conhecida através de processo judicial o que acarretaria, como consequência, uma eventual violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, assim como o direito à identidade genética.

Através de acórdão datado de 24 de Abril de 2018, o TC surpreendeu com o conteúdo da sua decisão, pois veio declarar a inconstitucionalidade de algumas normas contidas na lei que regula a LPMA. Em relação ao anonimato do dador, afirma-se no acórdão que “que mal se compreende, hoje, que a regra continue a ser o anonimato (...), precisamente pelo facto de este “constituir (...) uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade”, acrescentando ser “desnecessária tal opção”, mesmo no que respeita à salvaguarda do “direito a constituir família” e do “direito à intimidade da vida privada e familiar”.

Em ordem a asseverar estes direitos, o TC admite que o anonimato dos dadores e da gestante de substituição possa ser salvaguardado somente nos casos em que haja razões ponderosas para tal, tendo tal de ser aferido caso a caso.

Assim, o TC veio inverter completamente uma regra que já havia sido questionada numa decisão anterior, e questiona-se qual o impacto que esta mudança trará. Na prática, como o TC acabou por não fazer qualquer referência sobre o momento a partir do qual é que o fim do anonimato produz efeitos, criando-se aqui um limbo. Assim, “o TC podia ter limitado os efeitos dizendo que o fim do anonimato vigorava só a partir de agora. Não o tendo feito, é como se o anonimato nunca tivesse existido”, (...) considerando que deveria ter havido aqui alguma limitação de efeitos da decisão do TC, para evitar que fossem abrangidas as dádivas passadas (...) Só o legislador agora pode criar um regime transitório. Eu penso que isso não é impossível. De certa forma, dizer que talvez só para o futuro. Só nas dádivas feitas a partir de agora é que a regra do anonimato não vigora”¹⁰⁷.

Por último, refira-se que todas as referências legais e doutrinárias foram feitas à luz da lei atual, antes desta tomada de decisão do Tribunal Constitucional, salientando-se que a mesma surgiu já no decurso da elaboração da presente dissertação.

5 – DIREITO ESTRANGEIRO – A REALIDADE JURÍDICA LÁ FORA

5.1 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Tendo sido feito um percurso pela legislação portuguesa em torno do direito à constituição de família, será feita, de seguida, uma incursão pela legislação que vigora noutros ordenamentos jurídicos na mesma matéria, nomeadamente saber em se, e em que termos, está regulado legalmente o acesso à procriação medicamente assistida, e compreender em que aspetos se aproxima e difere do instituto, tal como está consagrado em Portugal

¹⁰⁷ Rafael Vale dos Reis, numa entrevista concedida à RTP, 26 de Abril de 2018. Disponível em https://www.rtp.pt/noticias/pais/procriacao-assistida-fim-da-confidencialidade-pode-afastar-dadores_n1072210

Em primeiro lugar, há que atender ao facto de que existem várias normas relativas ao direito de constituir família expressamente consagradas nos instrumentos de direito internacional.

Assim, no plano internacional, há que atender ao artigo 16º da DUDH, que determina que todos os homens e todas as mulheres têm o direito de contrair matrimónio e de fundar uma família¹⁰⁸.

No mesmo sentido, o art. 23º do PIDCP estabelece que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado, reconhecendo-se o direito do homem e da mulher de contrair matrimónio e constituir família, a partir da idade núbil.”¹⁰⁹, e o art. 12º da CEDH reza que “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”¹¹⁰.

Como as normas mencionadas parecem colocar a constituição de família como consequência do casamento, associando os dois conceitos, há também que fazer referência à CETFDM de 1979¹¹¹, que autonomiza o direito a contrair matrimónio (art. 16º, nº 1, a), do direito de decidir o número de filhos e o momento de os ter (art. 16º, nº 1, e)¹¹².

Na Alemanha, não existe uma regulamentação geral das técnicas reprodutivas. A PMA encontra-se prevista na lei de 13 de Dezembro de 1990, ‘*Gesetz zum Schutz von Embryonen. Embryonenschutzgesetz*’¹¹³, também conhecida como “Lei de Proteção de

¹⁰⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem, disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

¹⁰⁹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, disponível em http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

¹¹⁰ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

¹¹¹ Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, disponível em <http://plataformamulheres.org.pt/docs/Brochura-CEDAW4ALL.pdf>,

¹¹² Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Citada, p. 294.

¹¹³ Versão alemã disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>

Embriões. Segundo esta lei, nenhum tipo de experimentação científica pode ser realizada em embriões humanos, nem a criação de embriões para fins de investigação é possível¹¹⁴.

Na Áustria, a PMA encontra-se regulada na Lei Federal de Reprodução Médica n° 275, de 4 de Junho de 1992, “*Fortpflanzungsmedizinengesetz – FmedG*”, que pode ser qualificada como uma lei restritiva, pois proíbe a experimentação sobre os embriões, embora seja permitida a realização de alguns exames e tratamentos com vista ao sucesso da gravidez (...) e proíbe também, em qualquer circunstância, a doação de ovócitos e de embriões (...) a doação de esperma é permitida somente quando se trate de IA, pois a FIV apenas é autorizada quando homóloga¹¹⁵.

Em França, existe legislação a regular a PMA desde 29 de Julho de 1994. No entanto, esta regulamentação parte da inexistência da figura dos direitos reprodutivos, pelo menos enquanto imposição de livre acesso às técnicas reprodutivas, sendo a PMA concebida como um mecanismo terapêutico de último recurso para uma incapacidade física reprodutiva, ou para evitar a transmissão de uma doença genética grave, e não como um método alternativo de reprodução¹¹⁶.

Assim, a Lei n° 94-653, relativa ao respeito do corpo humano, e a Lei n° 94-654 reporta-se à doação e utilização de elementos do corpo humano, à assistência médica à procriação e ao diagnóstico pré-natal¹¹⁷.

Entretanto, a lei foi alterada e a matéria encontra-se hoje regulada no *Code de la Santé Public* (CSP), mas também no Código Civil e no Código Penal. No “Código de Saúde Pública”, algumas normas estabelecem que as técnicas reprodutivas apenas poderão ser utilizadas por casais de sexo diferente e somente num contexto de infertilidade ou de perigo de transmissão de doenças com particular gravidade¹¹⁸.

¹¹⁴ Helena Figueiredo, “A procriação medicamente assistida e as gerações futuras”, p. 125.

¹¹⁵ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1107-1108.

¹¹⁶ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1109

¹¹⁷ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1109

¹¹⁸ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1110.

No Reino Unido, a PMA está regulada no “Human Fertilisation and Embryology Act 2008”¹¹⁹, e no “Human Fertilisation and Embryology Act 1990”¹²⁰. A legislação inglesa aproxima-se da norte-americana, na medida em que confere relevância ao individualismo e à autonomia privada, e pelo desapego em relação ao modelo de família tradicional¹²¹, pelo que se pode considerar a lei inglesa como permissiva e abrangente, no que respeita aos seus beneficiários e às técnicas reprodutivas permitidas.

Por um lado, reconhece-se expressamente o acesso de casais do mesmo sexo às técnicas reprodutivas; por outro, a lei admite a autorização de embriões viáveis para experimentação científica, embora com algumas condições, e autoriza também a criação de embriões exclusivamente para esse fim.¹²² A lei inglesa permite também a reprodução *post mortem*, ao contrário da maioria dos ordenamentos jurídicos.

Em Itália, vigora a Lei n° 40, de 19 de Fevereiro de 2004¹²³. Nos termos do art. 1° n° 2 desta lei, só se pode aceder à PMA num contexto de inexistência de outros meios terapêuticos eficazes com vista a superar o diagnóstico de esterilidade ou de infertilidade. Assim, o recurso à PMA é subsidiário. Para além disto, a lei proíbe ainda a reprodução com recurso a material biológico heterólogo, de acordo com o art. 4°, n° 3, estando proibida a doação de gametas, sejam estas femininas ou masculinas.

Por fim, por força do art. 5° da lei, por exclusão de partes, está vedado o acesso à PMA por pessoas singulares, casais homossexuais e a reprodução *post mortem*.

Em Espanha, a PMA encontra-se regulada na Ley n° 14/2006, de 26 de Maio¹²⁴. Esclarece o número 1 do art. 6° que “toda a mulher”, maior de 18 anos e com plena capacidade, pode ser recetora e dadora daquelas técnicas, sempre que tenha prestado o seu consentimento escrito e de forma livre, consciente e expressa. Assim, à luz da

¹¹⁹ Legislação disponível no site <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

¹²⁰ Legislação disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

¹²¹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1119.

¹²² Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1119.

¹²³ Disponível em <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>.

¹²⁴ Legislação retirada do site: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>.

lei espanhola, não se verificam quaisquer restrições em função do respetivo estado civil ou da orientação sexual.

Para além disto, determina o art. 7.º que a filiação das crianças nascidas com recurso a estas técnicas é feito de acordo com as leis civis espanholas, com a devida salvaguarda do princípio do anonimato do dador, tendo também como garantia o facto de no registo não poder constar que a criança nascida foi concebida com recurso à PMA.

Relativamente aos requisitos de acesso à PMA, esclarece o art. 3º que as técnicas de PMA apenas serão aplicadas quando haja possibilidades razoáveis de êxito, não envolvam risco grave para a saúde física ou psíquica da mulher ou da sua possível descendência e quando a mulher tenha sido previamente informada das possibilidades de êxito, bem como dos riscos inerentes às técnicas utilizadas, não sendo feita referência à pré-existência de um diagnóstico de infertilidade como condição para acesso a estas técnicas¹²⁵.

Na Bélgica, no que concerne ao acesso à PMA, este é permitido às mulheres solteiras e aos casais compostos por duas mulheres. No âmbito da utilização da técnica de inseminação artificial, esta pode ser feita com recurso a doação de gâmetas masculinos de um dador conhecido da futura mãe, mesmo que não seja seu parceiro; relativamente à constituição de família, os direitos homoparentais são plenamente reconhecidos e os casais do mesmo sexo podem adotar conjuntamente, ou adotar a criança do seu (sua) parceiro(a)¹²⁶.

¹²⁵ Paula Santos, Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 752/XII 4ª) PS, 2012, p. 18., (Consult. 1 de Junho 2018).

Disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764f554e544c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764d6a59784e574e6a5a6a4974595463795a6930305a544a6a4c5467774f575974596a68684e3255314d575577596d49774c6e426b5a673d3d&fich=2615ccf2-a72f-4e2c-809f-b8a7e51e0bb0.pdf&Inline=true>

¹²⁶ Paula Santos, “Parecer ...”, Ob. Cit., p. 17.

Na Austrália, a legislação sobre a PMA surgiu em 1984, através do “Infertility Treatment Act”¹²⁷, destinado a regular a prática da técnica FIVETE. No mesmo ano, foi criado o *Reproductive Technology Accreditation Committee* (RTAC), que é uma entidade fiscalizadora da prática das tecnologias de reprodução, sendo as atividades revistas de três em três anos¹²⁸.

Nos Estados Unidos da América, não existem disposições legais específicas que regulem as técnicas de PMA. Como estamos no âmbito de um ordenamento jurídico de *common law*, predomina a jurisprudência como fonte de resolução de casos e problemas jurídicos suscitados. Contudo, “apesar de não existirem decisões judiciais relevantes que afirmem um direito fundamental à reprodução (...) é de prever que, fundando-se nos valores da privacidade, da liberdade individual e da autodeterminação, seria reconhecido um direito à reprodução.” (...) o regime norte-americano de acesso às técnicas reprodutivas revela-se bastante liberal e permite no geral o acesso a indivíduos usualmente rejeitados, tais como mulheres sós, lésbicas ou pós-menopáusicas (...) praticamente todas as técnicas são permitidas¹²⁹.

No Brasil, a reprodução assistida encontrava-se regulamentada através de regras deontológicas médicas, através da Resolução nº 2.121/2015¹³⁰.

Após um período de pedidos de providências destinadas a regularizar questões como o registo de nascimento dos filhos de casais “homoafetivos”, foi emitido o Provimento da Corregedoria Nacional da Justiça nº 52, de 15 de Março de 2016¹³¹.

Olhando àquele provimento, no mesmo se estabelece o conceito de biparentalidade – novidade no sistema jurídico brasileiro, definindo-se que somente as pessoas casadas ou aquelas que vivam em união estável se podem submeter aos procedimentos de PMA, nos quais é obrigatório a prestação de consentimento do

¹²⁷ Disponível em http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/hist_act/ipa1984311.pdf

¹²⁸ Helena Figueiredo, “A procriação medicamente assistida...”, Ob. Citada, p. 129.

¹²⁹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1123.

¹³⁰ Disponível em <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>.

¹³¹ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317508>

marido ou do companheiro da mulher, sob pena de se estar perante a violação do dever de respeito aos direitos de personalidade deste.

Para além disto, outra das novidades é a proibição do anonimato do dador do material biológico, como salvaguarda do direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica por parte da criança nascida e dos seus direitos de personalidade, tendo-se consagrado também a inexistência de vínculo jurídico de paternidade entre o dador e a criança nascida.

5.2 - JURISPRUDÊNCIA

Neste domínio, há que referir o caso *Skinner v. Oklahoma*¹³², discutido nos tribunais norte americanos em 1942. Foi a primeira vez que se debateu um hipotético direito à reprodução. Estava em causa a esterilização dos delinquentes habituais, tendo o tribunal decidido que aquela prática era inconstitucional, por violar o direito à reprodução dos reclusos, constante do elenco dos “civil rights”¹³³.

Houve também outro caso discutido na jurisprudência norte-americana: *Griswold v. Connecticut*¹³⁴. Havia a “Lei Comstock”, em vigor no estado do Connecticut desde 1873, que declarava ser ilegal a venda de quaisquer materiais “obscenos, indecentes e/ou lascivos” através do correio, restringindo a divulgação de informação sobre métodos anti contraceptivos¹³⁵. A senhora Griswold era a diretora executiva da “Planned Parenthood League of Connecticut” e, em conjunto com o diretor médico

¹³² Um resumo do caso disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/case.html>

¹³³ Vera Lúcia Raposo, “De mãe para mãe...”, Ob. Citada, p. 73.

¹³⁴ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>

¹³⁵ Gilda de Castro Rodrigues, “O dilema da maternidade”, p. 146. Disponível em <https://books.google.pt/books?id=9mLOtkIBD3cC&pg=PA146&lpq=PA146&dq=lei+de+comstock&source=bl&ots=8do2HRfpPP&sig=FrDglvyJap7Qgjwvso3eUHwvQDk&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwjN0NCRpZrbAhWK7RQKHenvDkYQ6AEIPDAE#v=onepage&q=lei%20de%20comstock&f=false>

da instituição, deram alguns conselhos e informações médicas sobre o controlo da natalidade. Ambos foram condenados, ao abrigo de uma lei que criminalizava a prestação de aconselhamento e outros tratamentos médicos a pessoas casadas, com o objetivo de impedir a contraceção. A questão a resolver era a de saber se a Constituição protegia o “direito à privacidade conjugal”, contra as restrições do Estado à possibilidade de um casal ser aconselhado no uso de métodos anti-contracetivos¹³⁶.

O tribunal veio esclarecer que, apesar de a Constituição não consagrar especificamente um direito geral à privacidade, existem outras garantias na “Bill of Rights”, aspeto que cria algumas zonas cinzentas que permitem afirmar a existência do direito à privacidade. Assim, como resultado da conjugação da 1ª, 3ª, 4ª e Nona Emendas, resultou um novo direito constitucional: O direito à privacidade conjugal. O tribunal acabou por declarar inconstitucional a lei estadual do Connecticut, por violar a Constituição. Este caso é considerado um marco histórico, pois com ele que se reconheceu o direito fundamental à privacidade.

Outro caso discutido teve a ver com o reconhecimento da existência do direito à reprodução, através da decisão nº 322 de 2000¹³⁷ do Tribunal Constitucional italiano. A questão a decidir prendia-se com o art. 7º, nº 3da Lei nº 64, de 29 de Janeiro de 1942, na parte em que se impunha, como condição de recrutamento para a Guarda di Finanza, o não ter filhos, o que foi entendido como uma limitação inaceitável ao direito de procriação e de ser pai, direito que decorria dos artigos 2º, 3º, 30º e 31º da Constituição italiana, afetando os direitos da pessoa, enquanto indivíduo e enquanto membro do corpo social, na sua esfera pessoal de liberdade e autodeterminação resultante do art. 2º da Constituição¹³⁸.

Também em Itália, há que mencionar o caso “Valassina-Bedjaoui”. O casal italiano Valassina contratou maternidade de substituição com uma mulher argelina, a senhora

¹³⁶ Um resumo do caso, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1964/496>

¹³⁷ Disponível para consulta em <http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0322s-00.html>

¹³⁸ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, p. 1112.

Bedjaoui. O acordo estabelecia que a mulher seria inseminada com o espermatozoide do senhor Valassina, tendo-se comprometido a levar a gravidez até ao fim, a entregar a criança aos cônjuges e a renunciar a quaisquer direitos parentais em relação àquela criança. Como contrapartida, o casal entregar-lhe-ia uma prestação pecuniária. No entanto, ao longo da gravidez, a mulher argelina foi exigindo quantias monetárias avultadas, tendo logrado no seu intento. Após o nascimento da criança continuou a fazer as mesmas exigências, recusando mesmo entregar a criança. O casal intentou uma ação judicial, com vista a obter a execução coerciva do contrato. O tribunal entendeu que o contrato era nulo, à luz do direito civil italiano. De acordo com as regras instituídas, um contrato consiste no acordo destinado a constituir, regular/modificar ou extinguir uma relação jurídica patrimonial. Foi também considerado nulo por ilicitude do objeto e da causa, pelo que, caso o casal pretendesse contornar as regras do instituto da adoção, então a nulidade basear-se-ia em fraude à lei.

Neste sentido, foi decidido que o senhor Valassina, pai biológico da criança, poderia reconhecê-la, pedindo que fosse “inserida” na sua família legítima, não olvidando que a senhora Valassina possuía a mesma faculdade. Caso o pai conseguisse, a aspirante a mãe poderia recorrer às regras previstas para os casos de adoção especial.

Assim sendo, o tribunal reconheceu o “direito fundamental da pessoa a ser progenitora e a avaliar e a fazer escolhas relativamente à necessidade de procriar, com a anotação de que o status parental pode completar-se na adoção mas também na transmissão do próprio património genético”. O tribunal decidiu também pela existência de um direito a ser progenitor, constitucionalmente tutelado, em função da sua ligação ao direito de manifestar e desenvolver a personalidade, independentemente do evento natural do parto¹³⁹.

¹³⁹ Marta Costa, “Procriação medicamente assistida – Uma perspetiva de direito comparado”, [Consult. Em 02-05-2018] Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_ma_12735.ppt

Na Áustria, há que referir a decisão *S. H. and Others v. Austria*, nº 57813/00 de 1 de Outubro do TEDH. Contextualizemos: Neste país, a lei proíbe a utilização de espermatozoides ou óvulos doados para se proceder à FIV. A doação de óvulos é proibida em todas as circunstâncias, sendo a doação de espermatozoides apenas possível quando é inserido diretamente no útero de uma mulher (inseminação artificial *in vivo*). Assim, dois casais austríacos apresentaram uma queixa em relação a esta legislação. O primeiro casal precisava de tratamento de fertilização *in vitro* com o uso de espermatozoides de um doador e o outro precisava de fazer fertilização *in vitro* com o uso de um óvulo de doador para satisfazer seu desejo de um filho, do qual pelo menos um deles seria o pai genético.

O Tribunal Constitucional austríaco foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão, tendo de apreciar esta proibição legal com os arts. 8º e 12º com o art. 14º da CEDH. Relembrando o que já foi exposto em relação a estes preceitos, a CEDH consagra alguns princípios atinentes ao instituto da família e à sua proteção: o art. 8º reporta-se à salvaguarda da vida privada e familiar, e o art. 12º tutela o direito de casar e de constituir família. A propósito destes preceitos, o TEDH tem realizado uma interpretação evolutiva do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estendendo o conteúdo do direito contemplado no art. 8º da Convenção¹⁴⁰. De facto, é com uma interpretação dinâmica e evolutiva que o Tribunal Europeu tem conseguido abranger no âmbito do art. 8º certas realidades que não foram inicialmente pensadas pelos redatores da Convenção¹⁴⁰.

Em relação a este caso, o tribunal deu como certo que a decisão de um casal – estando unido através do matrimónio ou união de facto - conceber com recurso às técnicas reprodutivas encontra tutela no âmbito do art. 8º da CEDH. O tribunal considerou que aquelas limitações eram legítimas e proporcionais, dirigidas à manutenção da família nos moldes tradicionais, atendendo à margem de apreciação de que os estados-

¹⁴⁰ Cristina M. Araújo Dias, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, p. 5., [Consult. Em 03 de Maio de 2018]. Disponível em http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1102/1/cristina_dias.pdf

membros dispõem no âmbito do art. 8º da CEDH¹⁴¹. No entanto, acabou por condenar o estado Austríaco por violação dos arts. 14.º e 8.º da Convenção, por discriminar um casal do mesmo sexo (duas mulheres), que viviam em união de facto, ao proibir a adoção por um dos conviventes do filho do outro. De facto, considerou o tribunal que a situação das requerentes, não sendo igual à das pessoas casadas, é idêntica à de casais de sexo diferente que vivem em união de facto”¹⁴².i

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, o mundo tem assistido a uma evolução tecnológica veloz no campo científico, na medicina e na biotecnologia, factos que originaram alguma repercussão na vida da humanidade. Um dos setores da sociedade onde esses avanços se refletiram foi no campo da saúde humana, para o que aqui importa, a saúde reprodutiva. Através de investigações científicas, foram descobertos novos métodos que possibilitaram superar determinados cenários em que parecia impossível a conceção de uma criança.

Nesta ótica, o progresso científico na área da medicina da reprodução trouxe muitos benefícios à vida das pessoas, permitindo-lhes concretizar planos de vida há muito (a)guardados. Não obstante, esta frenética rapidez evolutiva deve andar de mãos dadas com a responsabilidade. Esta responsabilidade deve ser traçada pelo Direito, através de legislação para o efeito.

Em Portugal, em 2006 entrou finalmente em vigor a lei que regula as técnicas da Procriação Medicamente Assistida. Tanto a lei na sua versão originária, como após as alterações efetuadas através das Leis nº 17/2016 e nº 25/2016, foram suscitando discussões no campo ético, jurídico e social. Concentrando-nos nas recentes alterações introduzidas, a lei abriu portas à possibilidade de acesso à PMA, a um

¹⁴¹ Vera Lúcia Raposo, “O direito à imortalidade...”, Ob. Cit., p. 1108.

¹⁴² Cristina M. Araújo Dias, “A jurisprudência do TEDH...”, Ob. Cit., p. 11.

determinado grupo de pessoas que até ali não o poderiam fazer, tornando mais próxima a realidade de ter filhos. Alargou-se o acesso à PMA e legalizou-se a gestação de substituição, embora somente admitida em circunstâncias excepcionais legalmente previstas.

No entanto, esta mudança não foi pacífica. Várias vozes se insurgiram contra as alterações legislativas, invocando conceitos como o de família tradicional, argumentando no sentido de que uma criança tem direito a ter um pai e uma mãe biológicos. Assim, à luz da lei atual, tal não seria possível nem admissível, por força de direitos constitucionalmente tutelados que se lhe deveriam impor.

Centremo-nos na lei. Com ela, as chamadas “novas famílias” puderam reivindicar o direito de procriar e de ter filhos, direito contestado por outros. Por um lado, é de saudar a intenção da lei ao permitir que as mulheres solteiras e os casais de mulheres possam ter filhos através da PMA. É sabido que existem novas formas das pessoas viverem, de estarem e de se relacionarem em sociedade, organizando e fazendo planos de vida em comum. A orientação sexual ou a opção de viver sozinho(a) de algumas pessoas, não pode nem deve ser o único critério norteador quando estamos a falar em competências parentais, a medida em que estas não se definem ou condicionam por aqueles fatores. O processo legislativo deve procurar acompanhar a evolução da sociedade.

Um dos princípios que a LPMA instituiu foi o do anonimato do dador e do sigilo em torno de todo o procedimento da PMA. Os dadores, numa atitude altruísta e desinteressada, resolvem doar o seu material biológico de modo a poderem ajudar quem dele necessita para ter filhos. Esta generosidade vem permitir a algumas pessoas poderem concretizar o direito à constituição de família, numa das suas possíveis dimensões.

Todavia, em paralelo, existem os direitos da criança que irá nascer que têm de ser indubitavelmente protegidos, tais como o direito de uma pessoa a conhecer as suas

origens genéticas, à sua identidade pessoal, à sua historicidade, no fundo, a saber “de onde veio”. Assim, “o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspeto relevante da personalidade individual e uma condição de gozo pleno daqueles direitos fundamentais”¹⁴³. Fazendo uma ponderação entre os direitos da criança e os do dador, devem prevalecer os primeiros.

Num dos pontos da dissertação, questionámos se não estaria em causa a violação do princípio da igualdade porque a lei, tendo aberto uma porta, parece fechar uma janela, pois os homens solteiros e os casais compostos por dois homens continuam sem poder procriar, à luz da lei portuguesa. Será que a lei falha neste aspeto, criando uma barreira ao exercício daquele direito?

Caso se considere que estamos perante uma situação que mereça um tratamento diferenciado, ela deve ser fundadamente justificada em nome do superior interesse da criança.

Pensamos que, se por um lado, se possa estar perante uma limitação do direito à constituição de família por parte dos homens, então talvez não esteja em causa a violação daquele direito. Os homens só poderiam concretizar o seu direito, recorrendo à figura da gestação de substituição. Ora, se foi árduo o caminho legislativo percorrido até aqui, ou seja, o de prever as circunstâncias excecionais em que aquele instituto pode ser aplicado, não se sabe o que fará o legislador no futuro.

¹⁴³ José Menéres Pimentel, “Direitos liberdades e garantias...”, p. 2, 1999, [Consult. Em 05 de Junho de 2018], Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/036B_99.pdf

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO DIAS, Cristina M., “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, nº 15, 2012.

COSTA, Marta, “Procriação medicamente assistida – Uma perspetiva de direito comparado”, 2011.

CURA MARIANO, João, “O direito da família na jurisprudência do Tribunal Constitucional português”, revista jurídica JULGAR, nº 21, 2013.

DE CASTRO RODRIGUES, GILDA, “O dilema da maternidade”, Annablume Editora, 2008.

DUARTE PINHEIRO, Jorge, “O Direito da Família Contemporâneo”, Almedina, 2016.

DUARTE, Tiago, ‘*In vitro veritas?* A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei”, Almedina, 2003.

FIGUEIREDO, Helena “A procriação medicamente assistida e as gerações futuras”, Gráfica de Coimbra, 2005.

GOMES CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa: anotada, Volume I, Coimbra Editora, 2007, 4ª edição.

GOMES DE MELO, Helena, “O direito ao conhecimento da origem genética”, Revista do Ministério Público, 142, Abril – Junho de 2015.

LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, III – Lisboa, Dezembro 2006.

MARCIANO, Rafaela Paula; NAVES DO AMARAL, Waldemar; “O vínculo mãe-bebê da gestação ao pós-parto: uma revisão sistemática de artigos empíricos publicados na língua portuguesa”, FEMINA, Julho/Agosto 2015, volume 43, nº 4.

MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta, “A lei da procriação medicamente assistida anotada: e legislação complementar”, Coimbra Editora, 2011.

MENDES, Castro, Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1997.

MENÉRES PIMENTEL, José, “Direitos liberdades e garantias – Investigação de paternidade – Maternidade – Ação de investigação – Prazo – Alteração legislativa”, 1999.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “A Lei nº 32/06 sobre procriação medicamente assistida”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.67, n.3, Dezembro 2007.

OTERO, Paulo, “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano – Um perfil constitucional da bioética”, Coimbra Editora, 1999.

PAMPLONA, CORTE-REAL, Carlos, “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida”, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

PATRÃO NEVES, Maria do Céu, “A infertilidade e o desejo de procriar: perspetiva filosófica, *in* “A ética e o direito no início da vida humana”, Coordenação: NUNES, Rui; MELO, Helena; Coletânea Bioética Hoje – III, G.C. – Gráfica de Coimbra, Lda., Outubro de 2001.

PEREIRA COELHO, Francisco; DE OLIVEIRA, Guilherme, Curso de Direito da Família, 2º volume, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA DE MELO, Helena, “Implicações jurídicas do projeto do genoma humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?”, Coletânea Bioética Hoje – XIV, Gráfica de Coimbra 2, 2007, Vol. I.

RAPOSO, Vera Lúcia, “De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição”, Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia, “O Direito à Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro*.”, Almedina, 2014.

REIS NOVAIS, Jorge, “Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa”, 2014.

SANTOS, Paula, Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 752/XII 4ª) PS, 2012.

SILVESTRE, Margarida, “Embriões excedentários – Entre a técnica, a lei e a ética”, Coimbra Editora, 1ª edição, Abril de 2015.

VALE DOS REIS, Rafael, “O direito ao conhecimento das origens genéticas”, Coimbra Editora, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª edição, Almedina 2006.

ZEGGER-HOCHSILD, Fernando; NYGREN, K.-G; ADAMSON, G.David;
MOUZON, Jacques de; LANCASTER, Paul; MANSOUR, Ragaa; SULLIVAN,
Elizabeth – “The ICMART Glossary on Art Terminology”, Human Reproduction, 21
(8), 2006.

Índice

MENÇÕES DIVERSAS.....	4
AGRADECIMENTOS.....	4
ABREVIATURAS.....	5
RESUMO	6
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	10
DA PROcriação medicamente assistida	11
2.1 – CONCEITO	11
2.2 – AS DIFERENTES TÉCNICAS NO ÂMBITO DA PMA.....	12
2.3 – ALGUMAS QUESTÕES TEÓRICO-PRÁTICAS.....	14
2.5 - PMA HOMÓLOGA E PMA HETERÓLOGA	16
2.6 – MOTIVOS DE RECURSO À PMA.....	18
2.7 – A PROBLEMÁTICA DO ANONIMATO DO DADOR.....	20
2.8 – O ENQUADRAMENTO SEGUIDO PELO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV).....	23
2.9 – OS PARECERES 23/CNE/98, 44/CNECV/2004, 63/CNECV/2012, 87/CNECV/2016.	24
2.10 – UMA EVENTUAL VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA?	29
3 – O DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	30
3.1 - O CONCEITO DE FAMÍLIA INSCRITO NA CONSTITUIÇÃO.....	30
3.2 - CONTEÚDO E DIMENSÃO DO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA	32
3.3 - LIMITES.....	34
3.4 - AS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E O ACESSO À PROcriação medicamente assistida	37
3.5 – O CONFRONTO DA NOVA LPMA COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	38
3.6 – DA REPRODUÇÃO HUMANA - OS DIREITOS REPRODUTIVOS.....	43
3.6.1 – ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL NO DOMÍNIO INTERNACIONAL	43
3.7 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS	45
3.7.1 – DIREITO À CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA E OS DIREITOS REPRODUTIVOS.....	45
3.8 – A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS.....	46
3.8.1 – OS CONCEITOS DE DLG E DESC.....	46
3.8.2 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS ENQUANTO DLG	47
3.8.3 – OS DIREITOS REPRODUTIVOS ENQUANTO DESC.....	48
4 – OS FILHOS: DIREITO, VALOR OU INTERESSE?	52

4.1 – PORQUE PROCRIAMOS?	52
4.2 – QUERER TER FILHOS CONSISTE NUM DESEJO?	53
4.3 – SERÁ UM DIREITO?	54
4.4 – SERÁ UM VALOR?	55
5 – OS ACÓRDÃOS Nº 109/2009 E Nº 225/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	56
Acórdão nº 225/18.....	58
5 – DIREITO ESTRANGEIRO – A REALIDADE JURÍDICA LÁ FORA	59
5.1 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	59
5.2 - JURISPRUDÊNCIA.....	65
6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
BIBLIOGRAFIA	72